Die Stellung des Staates im rechtlichen Verfahren

Mit besonderer Berücksichtigung des Staats- und Verwaltungsrechtes

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der juristischen Fakultät der Ludwigs-Maximilians-Universität München

vorgelegt von

Theodor Maunz

Referendar in München

1926

München, Berlin und Leipzig

J. Schweitzer Verlag (Arthur Sellier)

Von der Juristischen Fakultät der Ludwigs-Maximilians-Universität München unter dem Dekanat des Herrn Geh. Hofrats Dr. Anton Dyroff angenommen

am 8. Mai 1925.

Referent: Dr. Hans Nawiasky.
Korreferent: Dr. Ernst v. Beling.

Tag der mündlichen Prüfung: 28. Mai 1925.

Meinen Eltern

in Verehrung und

Dankbarkeit

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Das Problem und seine Abgrenzung.

Die Erkenntnis von Natur und Wesen des Staates ist bedingt durch den Standpunkt der Betrachtungsweise. Der Ausgangspunkt einer Untersuchung über die Stellung des Staates muß daher eine Klärung der Frage sein, in welchem Sinne der Begriff „Staat" verwendet werden soll.

In der Staatslehre herrscht die Ansicht vor, der Staat müsse als etwas allem anderen Übergeordnetes, etwas Machtvolles, Befehlendes aufgefaßt werden. Der Empfänger dieser Befehle, der Untertan, sei dementsprechend der Untergeordnete, zum Gehorsam Verpflichtete. Das juristische Verhältnis von Staat und Untertan komme in dem Gegensatz Herrscher und Beherrschter zum Ausdruck. Macht man sich diese Auffassung zu eigen, so scheinen die Schwierigkeiten unüberwindlich zu sein, den Staat als Obrigkeit und gleichzeitig als Untertan zu erfassen und zu erklären; er könnte offenbar nur eines von den beiden sein, nicht beides zugleich. Wie soll man mit dieser Theorie die Stellung des Staates als Gesetzgeber, als Gericht und als Partei konstruktiv erklären?

In der jüngsten Zeit wurde in der Wissenschaft gelehrt, die Auffassung des Staates als einer über allem stehenden Autorität sei etwas Außerjuristisches, Sozialogisches[1]). Der Rechtssatz als Befehl, das Gebieten und Verbieten durch den Staat, die Bezeichnung des Verhältnisses des Staates zu den übrigen Subjekten als Unterordnungsverhältnis — das seien Ergebnisse einer unjuristischen Betrachtungsweise[2]). In Verfolgung dieses Gedankens kommt Kelsen zu der Behauptung, der Staat sei dem Untertanen rechtlich völlig gleichgeartet und wie der Untertan Rechtsperson. Nun schließt der Begriff der Rechtsperson eine bestimmte Relation zur Rechtsordnung in sich, setzt also das Vorhandensein dieser voraus. Die Rechtsordnung beruht auf dem Willen des Staates. Demgemäß läßt sich auch nach der Kelsenschen Theorie eine zweifache Rolle des Staates nicht leugnen. Die scharfe Betonung der Doppelrolle, die im folgenden noch genauer präzisiert werden soll, schon in der Einleitung, wird sich in unseren späteren Untersuchungen als notwendig und wertvoll erweisen[3]).

1. Der Staat ist einerseits Schöpfer und Träger der Rechtsordnung. Der Staat als Schöpfer der objektiven Rechtssätze bringt die subjektiven Rechte der Rechtssubjektive und damit die Rechtssubjektive selbst zur Entstehung. Von selbst oder von Natur, ohne Rechtsordnung, hat niemand Rechte und gibt es keine Rechtssubjekte. Mit dem Ausdruck „Schöpfer der Rechtsordnung", den Kelsen[4]) bekämpft, soll nicht behauptet werden, der Staat sei das logische Prius, das Recht des Posterius, oder es sei ein Staat ohne Recht vorstellbar. Vielmehr soll lediglich dem Gedanken Ausdruck verliehen werden, daß das Recht der juristische Wille des Staates sei[5], [6]).

---

[1]) Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 226.

[2]) A. a. O.: „Für den Juristen kommt die zur Welt des Seins gehörige sozialpsychische Tatsache der Staatsgewalt nicht in Betracht." „Jede Unter- und Überordnung, jedes Herrschafts-, Macht- und Gewaltverhältnis ist rein faktischer Natur und mit den Mitteln juristischer Formalität nicht ausdrückbar."

[3]) A. a. O. S. 406.

[4]) Vgl. hinzu v. Beling, Revolution und Recht. S. 27.

[5]) Vgl. Kelsen a. a. O. S. 107 ff., S. 163 ff. „Die Ablehnung der Ansicht, die den Staat als Schöpfer des Rechts bezeichnet, darf jedoch durchaus nicht mit der Lehre für unvereinbar gehalten werden, daß das Recht der Wille des Staates ist." Kelsen betrachtet den Gesetzgebungsakt nicht als etwas Juristisches a. a. O. S. 408, 412 ff.; vielmehr ist ihm die Bildung des Staatswillens eine soziale Funktion, a. a. O. S. 98, S. 433. Vgl. Somlo, a. a. O. S. 252.

[6]) Der Ausdruck „Schaffung" des Rechts ist in der Literatur durchaus gebräuchlich.

2. Der Staat besitzt anderseits auch Rechte. Er ist Rechtssubjekt. Nicht als Rechtsordnung ist der Staat Person; die Rechtsordnung darf nicht personifiziert werden[7]). Rechtssubjekt ist der Staat, soweit er innerhalb, unterhalb seiner Rechtsordnung steht. Seine Rechtssubjektivität beruht auf dem juristischen Willen des Staates. Ob man die Eigenschaftsbezeichnung „übergeordnet" mit Kelsen überhaupt verwirft, oder ob man das Überordnungsverhältnis im Sinne der durch den Staat allein erfolgenden rechtlichen Willensbestimmung auffaßt[8]), macht hiebei keinen Unterschied.

Man kann die Doppelrolle des Staates mit der Gegenüberstellung kennzeichnen: Träger der Rechtsordnung — Rechtssubjekt, oder mit Nawiaskys Worten: Normgeber — Normadressat[9]).

Der Gegenstand der nachfolgenden Arbeit ist ausschließlich der Staat im Sinne von Normadressat. Die Stellung des Staates als Schöpfer der Rechtsordnung, etwa die Behandlung des Staates im Gesetzgebungsverfahren, die Analyse des Staatswillens, die Forschung nach dem Ursprung der Norm durch Zurechnung von Organhandlungen usw. — all das fiele über den Rahmen unserer Untersuchung hinaus.

Auch soweit der Staat innerhalb der Rechtsordnung steht, spricht man zuweilen von einem Über- und Unterordnungsverhältnis[10]). Der Staat als Gericht, als Polizei, überhaupt als sogen. Obrigkeit, d. h. als Setzer von staatlichen Hoheitsakten, wird vielfach nicht als ein Rechtssubjekt neben Rechtssubjekten, sondern in Vermengung faktisch-sozialer Machttatsachen mit rechtlichen Konstruktionselementen als befehlende Autorität bezeichnet. In Wahrheit kann es bei einer juristischen Betrachtung lediglich auf die Beziehung des betreffenden Rechtssubjekts zur Rechtsordnung ankommen und hierin sind sich alle Rechtssubjekte gleich. Um die Erscheinungen des positiven Rechts systematisch darlegen zu können, teilen wir im folgenden Paragraphen die verschiedenen Rollen, in denen der Staat auftritt, verschiedenen Kategorien zu. Schon hier muß betont werden, daß der Staat in jeder dieser Kategorie rechtlich daraus gleichartig aufgefaßt werden muß.

II. Auch soweit der Staat innerhalb der Rechtsordnung auftritt, untersuchen wir nicht alle möglichen Rechtsbeziehungen: die zweite Beschränkung liegt in dem Worte „Verfahren".

Rechtliches Verfahren in weitem Sinne genommen bedeutet eine rechtlich geordnete Mehrheit von Handlungen, die auf das gemeinsame Ziel einer Rechtsverwirklichung hinstreben[11]). Verfahren wird hier nicht als eine Rechtsbeziehung, ein Rechtsverhältnis definiert. Der Gegensatz spielt später in der Konstruktion des Zusammenwirkens von Gericht und Partei eine bedeutsame Rolle. Je nachdem man dort das Schwergewicht auf das, wie wir es dort nennen wollen, dynamische Element — Handlungsmehrheit, — oder auf das statische Element — Rechtsverhältnis, also Zustand, — legt, gewinnt man ein verschiedenes Ergebnis.

Zum rechtlichen Verfahren in dem hier bezeichneten Sinn gehört sowohl der ganze sog. Prozeß, sei es Zivilprozeß, Strafprozeß, Verwaltungsprozeß, als auch das sogen. Verwaltungsverfahren, soweit es auf eine Rechtsverwirk-

---

[7]) Über die Kelsenschen Ausdrücke: Staat = Gesamtnormenkomplex, sonstiges Rechtssubjekt = Teilnormenkomplex, siehe unten § 21, 22.

[8]) Nawiasky, Bundesstaat als Rechtsbegriff, S. 18: „Der Staatswille ist gegenüber allen anderen Willen allein der Bestimmende".

[9]) Nawiasky, Bayer. Verfassungsrecht, S. 323; vgl. auch unten II. Teil, § 14.

[10]) Vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I. Allg Teil, 2. u. 3. Abschnitt, sowie Einleit. S. 13 ff.

[11]) Ähnlich Heinze S. 263.

lichung hinausläuft; unter Umständen werden auch hier Rechtspflegeakte gesetzt. Ausgeschieden wird dagegen die Frage, ob und inwieferne der Staat im materiellen Rechte anders — besser oder schlechter — gestellt wird, als ein sonstiges Rechtssubjekt. Diese Frage wird lediglich dann gestreift, wenn das materielle Recht auf die Stellung des Staates im rechtlichen Verfahren einwirkt.

Daraus ergibt sich, daß das ganze Rechtsgebiet zerlegt wird in das materielle Recht und in das „Verfahrensrecht"; es ist eine Längsteilung an Stelle der üblichen Querteilung. Seinem Gegenstande nach wird das materielle Recht eingeteilt in Zivilrecht, Strafrecht, Verfassungsrecht usw. Entsprechend kann man das Verfahrensrecht einteilen in Zivilprozeß, Strafprozeß, Verwaltungsprozeß, Verfassungsprozeß usw. Das materielle Recht bildet die Gesamtheit der Normen, die Rechte und Rechtspflichten schaffen, das Verfahrensrecht die Gesamtheit der Normen, die den Weg zur Durchführung jener angeben, sei es, daß sie ihrerseits wieder neue Rechte schaffen (Durchführungsrechte, Prozeßrechte) oder nur Verhaltungsmaßregeln für die mit der Ausführung betrauten Behörden angeben. Die Berührungspunkte des Zivilprozesses mit dem Zivilrecht, des Strafprozesses mit dem Strafrecht usw. bestehen darin, daß den Inhalt des Verfahrens, den Prozeßgegenstand, ein Rechtsverhältnis des betreffenden materiellen Rechtszweiges bildet. Allerdings färbt die Natur des Rechtsverhältnisses auch auf den Charakter des Verfahrens ab[12]); gesetzgebungspolitisch gesehen wird die Art und Weise der Durchführung des Rechts durch die Art des Rechtsverhältnisses wesentlich beeinflußt. Das allen Verfahrensarten Gemeinsame — die Vornahme jener äußeren Handlungen, die in ihrer Summe das Verfahren darstellen — ist aber viel auffallender als diese Berührungen mit dem materiellen Recht.

III. Die Behandlung des so abgegrenzten Themas: Der Staat als Rechtsperson in Rechtsbeziehungen, die dem Verfahrensrecht angehören, kann auf methodisch verschiedenen Wegen vorgenommen werden. Wenn wir in der Einleitung kurz auf das Methodische eingehen, so geschieht das deshalb, weil wir damit zwei entscheidende Vorfragen der ganzen Untersuchung erledigen zu können glauben: einmal die Frage, welchen Zweck die Untersuchung haben soll; und anderseits die Frage der Gliederung des ganzen Stoffes: Die Möglichkeit das Thema methodisch verschieden zu behandeln, gibt uns das Kriterium für die Zerlegung und den Aufbau der Arbeit.

1. Denkbar ist innerhalb des abgesteckten Rahmens eine aufzählende Darstellung von rechtlichen Erscheinungsformen, die gestützt auf die verschiedenen Zweige des positiven Rechts aufzuweisen sucht, in welchen Formen und Rollen der Staat in ein rechtliches Verfahren einzutreten vermag. Das ist der erste Abschnitt der Arbeit. In der Sammlung der Einzelformen aus den vorhandenen Gesetzen liefert er uns das Material, dessen wir bedürfen und auf das wir verweisen müssen, wenn wir Versuche wissenschaftlicher Erklärung dieser Erscheinungen vornehmen. Ergänzend wird der Stoffsammlung hinzugefügt eine Prüfung der Frage, inwieweit der Staat in den verschiedenen Rollen prozessual anders behandelt wird als ein sonstiges Rechtssubjekt in gleicher Lage.

2. Denkbar ist sodann eine Untersuchung rechtstheoretischer Art über die Möglichkeit, den Staat als ein den übrigen Personen im rechtlichen Verfahren gleichgeordnetes und trotzdem bestimmend auf deren Rechtsverhältnisse einwirkendes Subjekt zu erkennen, sowie über die eigenartige Erscheinung, daß der Staat im Verfahren in zwei, drei oder mehr Gestalten auftreten kann, daß er „vor sich selbst", „mit sich selbst" prozessiert, und daß

[12]) So auch Heinze S. 264.

daneben gegebenenfalls noch andere Prozeßrolleninhaber im gleichen Verfahren sich ebenfalls auf den Staat zurückführen lassen. Das ist der zweite Abschnitt der Arbeit.

3. Das positive Recht kann man von zwei Standpunkten betrachten: einerseits kann man sich die Erkenntnis des Gegebenen zum Ziel setzen; andererseits kann man überlegen, welches der mit der geschaffenen Rechtseinrichtung verfolgte Sinn sei, und ob der vom Gesetzgeber vorgestellte Zweck mit den richtigen Mitteln erreicht wurde. Man betrachtet im zweiten Fall das Recht kritisch als Mittel zu einem anderen Zweck, nicht als etwas schlechthin Gegebenes, sondern etwas Werdendes, nicht bloß Geschaffenes, sondern zu Schaffendes [13]). Die Prüfung der im ersten Abschnitt dargelegten Erscheinungsformen nach dieser Richtung hin, soll den Gegenstand des letzten Abschnittes bilden. Gleichsam als Zusammenfassung und Verwertung der in den beiden ersten Teilen herausgearbeiteten Ergebnisse soll geprüft werden, warum der Staat in verschiedenen Gestalten in ein Verfahren eintritt und ob diese Zergliederung zweckmäßig genannt werden kann.

So ergibt sich die Einteilung in einen positiv-rechtlichen Teil in dem obengenannten Sinn, einen rechtstheoretischen und einen rechtspolitischen Teil.

IV. Mit der Stellung des Staates im Verfahrensrecht muß sich im Grunde jede prozeßrechtliche Untersuchung mehr oder minder stark befassen. So erklärt es sich, daß darüber bereits eine reiche Literatur besteht. Wenn es mir gelungen sein sollte, in der folgenden Abhandlung ihr ein wenig Neues hinzuzufügen, so sehe ich das in drei Richtungen:

1. Es hat sich schon bisher als sehr förderlich erwiesen, eine bestimmte Rechtsbeziehung durch das ganze Rechtsgebiet zu verfolgen. Daraus entspringt manche Erkenntnis, ähnlich wie aus der Vergleichung einzelner Rechtsinstitutionen verschiedener Rechtssysteme [14]). Derartige Forschungen könnten Vorarbeiten auf dem Wege zur Ausbildung eines allgemeinen Teiles des gesamten Deutschen Rechts sein. Die vorliegende Arbeit will eine Beziehung durch alle Zweige des Verfahrensrechts verfolgen und somit die bisherigen Abhandlungen auf ein umfassenderes Gebiet erstrecken.

2. Hand in Hand damit geht ein Weiteres. Über das Thema der Prozeßstellung des Staates liegen im Zivil- und insbesondere im Strafprozeßrecht schon wertvolle Ergebnisse vor. Nicht so günstig steht es im Verwaltungs- und auch Verfassungsprozeßrecht. Die Forschung wird daher künftig von dem schon mehr durchackerten Boden auf das Neuland übergreifen müssen [15]). Darin liegt auch die Begründung dafür, daß die zivil- und strafprozessualen Ergebnisse — wenn sie auch räumlich den größten Umfang einnehmen — mehr als Vergleichsmaßstab und zur Beleuchtung vorgetragen werden, ohne daß ihnen etwas wesentliches Neues angereiht werden könnte.

3. Die dritte Absicht geht dahin, eine Anwendung neuer Begriffe, in der jüngsten staatsrechtlichen Literatur gebildet, auf einen Ausschnitt des positiven Rechts zu versuchen. Die Bildung formaler Begriffe kann für die wissenschaftliche Erkenntnis sehr wertvoll sein. Allerdings liegt auch die Gefahr darin in erkenntnistheoretischen Voruntersuchungen stecken zu bleiben.

---

[13]) Hiezu v. Beling, Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie S. 27 ff. über diese Seite der „Rechtswertbetrachtung"; ferner Somlò a. a. O. S 2 ff. über die Rechtsinhaltswissenschaften. v. Calker, Handbuch der Politik, Bd. I, Art „Rechtspolitik".

[14]) Vgl. Mittermaier a. a. O. S. 2 über die Formierung aller Rechtssätze nach einem einheitlichen Plan.

[15]) Mittermaier a. a. O. S. 159 vom Verhältnis des Zivil- und Strafprozeßrechts in diesem Punkt.

Die gesamten Zweige der Wissenschaft vom Rechts inhalt, insbesondere auch die so außerordentlich wichtige, ja unentbehrliche Rechtsgeschichte, aus der Rechtswissenschaft auszuschließen, halte ich für ebenso verfehlt, wie aussichtslos. Trotzdem die technisch-konstruktiven Untersuchungen einen breiten Raum in der folgenden Arbeit einnehmen, war es doch mein Bestreben, den Fehler der Einseitigkeit zu vermeiden.

Im übrigen schließe ich mich dem Worte Mittermaiers an der Spitze seiner Schrift an: „Zeige ich auch nur Altbekanntes in einem neuen Licht, von einer besonderen Seite, in neuer Zusammenstellung, so erscheint mir schon Ersprießliches geleistet."

Erster Teil.

§ 2. Die Aufgabe der positiv-rechtlichen Darstellung.

I. Eine Darstellung einer Summe von Erscheinungen des gegebenen Rechts muß in systematischer Ordnung erfolgen. Der Aufzählung muß daher eine Kategorisierung vorangehen, die klarlegt, nach welchen Gesichtspunkten die Fülle des Stoffes ausgebreitet werden soll.

Ein rechtliches Verfahren tritt in aller Regel nach außenhin zutage durch ein Zusammenwirken einer Mehrheit von Personen in verschiedenen Rollen. Es treten zunächst Parteien auf. Eine Partei ist entweder aktiv beteiligt, (im allgemeinen Kläger genannt, im Konkursverfahren, in der Zwangsvollstreckung und Zwangsversteigerung Gläubiger, sonst zuweilen Antragsteller), oder passiv beteiligt (Beklagter, Angeklagter, Gemeinschuldner, Antragsgegner usw.). Die aktiv beteiligte Partei gibt gewöhnlich den Anstoß zur Einleitung des Verfahrens, die passiv beteiligte wird davon betroffen.

Über das Vorbringen der Parteien soll ein autoritativer Erkenntnisspruch gefällt werden. Dies führt zur dritten Prozeßrolle: es muß eine entscheidende Stelle vorhanden sein, eine rechtsprechende Staatsbehörde.

Außer diesen drei Hauptprozeßrollenträgern gibt es mitunter noch andere Beteiligte eines rechtlichen Verfahrens; sie sind Gehilfen einer der drei anderen Rollen. Hieher gehören Personen, die Wahrgenommenes berichten oder aus ihrer Erfahrung urteilsmäßige Gutachten abgeben und dadurch der entscheidenden Stelle bei Findung des Erkenntnisspruches behilflich sind, die sogen. Zeugen und Sachverständigen.

In einer Reihe von Verfahrensarten tritt eine Rolle auf, die man zuweilen Vertreter des Staatswohles, der Allgemeinheit, des Gesetzes usw. nennt. Nun erhebt sich die Frage: Ist dies Gebilde eine Partei oder eine Obrigkeit oder ein Gehilfe von ihnen? Diese Frage ist in der Wissenschaft bestritten. Wollten wir diesen „Vertreter des öffentlichen Interesses", wie wir ihn vorläufig nennen wollen, der einen oder anderen Kategorie beirechnen, so müßten wir die ganze Streitfrage jetzt schon aufrollen. Aus Gründen des Aufbaues behalten wir die Figur zunächst als etwas Dunkles, Zweifelhaftes bei. Im zweiten Teil wird sie nach näherer Untersuchung in das aufgelöst, was sie wirklich ist. Doch können wir jetzt schon klar aussprechen: Prozessual sind höchstens drei Hauptrollen des Verfahrens denkbar; wir müssen die „vierte" Figur also schließlich als eine der drei anderen erkennen oder einer als Gehilfe unterordnen. In der Tat ist der Begriff „Vertreter des öffentlichen Interesses", wie schon der Name andeutet, nicht etwas Prozeßrechtliches, sondern etwas Materiellrechtliches — eine Sachbeziehung. Wir blicken also

schon jetzt in ein erst im Laufe der Untersuchung sich entwickelndes Ergebnis. Mit diesem Vorbehalt dürfen wir es vielleicht wagen, einen Hilfsbegriff durch den ganzen ersten Teil mitzuschleppen[1]).

Der Staat tritt im wesentlichen in drei Rollen auf:

1. als entscheidende Stelle — im Schema „O" genannt,
2. als Partei, aktiv („P_1") oder passiv („P_2"),
3. als Vertreter des öffentlichen Interesses („J", bzw. bei doppeltem Auftreten „J_1" genannt).

II. Es gibt Verfahrensarten, in denen der Staat nur als Obrigkeit auftritt, während die übrigen Beteiligten andere — unter ihm stehende — Rechtssubjekte sind. In anderen Arten ist der Staat als Obrigkeit und gleichzeitig als Vertreter des öffentlichen Interesses beteiligt, oder er ist Obrigkeit, öffentlicher Interessen-Vertreter und Kläger. Zuweilen erscheint er nur als Obrigkeit und Kläger, oder Obrigkeit und Beklagter, während der genannte Vertreter fehlt. Oder es sind zwei Vertreter des öffentlichen Interesses für das gleiche Verfahren vorgesehen, zwischen denen die entsprechenden Aufgaben verteilt sind. Sodann kann der Staat Obrigkeit, Kläger und Beklagter zugleich sein usw.

Die Zusammenstellung der verschiedenen Möglichkeiten ergibt die acht Fälle des auf der folgenden Seite abgebildeten Schemas.

Die in dem aufgezeichneten Schema gewonnenen Fälle sollen an der Hand einer Reihe von Beispielen beleuchtet werden. Es war zunächst beabsichtigt, alle Möglichkeiten zu sammeln und darzustellen. Bei eingehender Betrachtung stellte sich indessen heraus, daß eine Aufzählung derartig vieler zum Teil unter die Kategorien schwer einzureihender meist unbedeutender Neben- und Unterfälle sowohl ermüdend wie unnötig wäre. Immerhin wurde eine große Zahl von Typen aus allen denkbaren Verfahrensarten dargestellt.

§ 3. Der Staat als Obrigkeit.

Das Auftreten des Staates als Obrigkeit in einem Verfahren, in dem die übrigen Beteiligten andere Rechtssubjekte sind, ist als das Normale anzusehen: Zwei streitende Parteien erschienen vor dem Gericht des Staates und begehren ein Urteil. Obwohl dieser Fall im Grunde nichts Neuartiges bietet, soll von ihm, als dem einfachsten, ausgegangen werden.

Nach dem Rechte mancher Staaten war und ist der Staat auch dann lediglich Obrigkeit, wenn er sachlich selbst beteiligt ist. So war es besonders im sogen. Inquisitionsprozeß, so ist es heute noch trotz der Vorstellung von der Unabhängigkeit der Urteilsfällung (— zum Teil —) im Verwaltungsprozeß; der Staat ist dort entweder reine Obrigkeit, oder er ist Obrigkeit und sachlich interessierte Partei gleichzeitig.

Für den Zivilprozeß bedeutet der Fall 1 (Staat = Gericht; Parteien = zwei andere Rechtssubjekte) die Regel. Nach § 15 GVG. sind die Gerichte staatlich; aus der Natur des Zivilprozesses ergibt sich, daß er normalerweise zwischen zwei nicht dem Staate zuzurechnenden Subjekten stattfindet. Prozessual macht es dabei keinen Unterschied, um welchen Gegenstand sich das Verfahren dreht, ob die Geltendmachung von Vermögensansprüchen oder von

---

[1]) Vorläufig soll auch nicht erörtert werden, ob es richtig ist, J. gerade „Vertreter des öffentlichen Interesses" zu nennen. Man könnte dagegen einwenden, daß auch O. öffentliche Interessen wahrnehme. Darüber unten!

Familienrechten, ob Unterlassungen, Feststellungen oder Gestaltungen dem Verfahren zugrunde liegen, ob es sich um die Regelung eines ganzen Anspruchskomplexes handelt oder ob auf zivilprozessualem Wege nur Stücke oder Bestandteile eines anderen Verfahrens geregelt werden sollen. Von unserem Gesichtspunkt aus beurteilt, sind zwei Möglichkeiten denkbar: Entweder es treten vor dem Gerichte zwei Parteien auf — so die Regel. Oder das Verfahren beschränkt sich auf das Gericht und eine Partei — so im Aufgebotsverfahren nach ZPO. §§ 946 ff. Ein ähnliches Bild ergibt sich im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Auch hier normalerweise zwei Parteien; oder ausnahmsweise eine Partei, etwa in Vormundschaftssachen (FGG. §§ 35 ff.) oder in Nachlaß- und Teilungssachen (FGG. §§ 72 ff.). Doch kann das Verfahren mitunter wieder zweiseitig werden, z. B. wenn der Nachlaßgläubiger die Leistung des Offenbarungseides verlangt. (FGG. § 74: „zu dem Termine sind beide Teile zu laden.")

Schema I.

Anmerkung: Ein Strich in einer Rubrik bedeutet, daß die betreffende Rolle nicht durch den Staat repräsentiert wird, sei es daß sie überhaupt nicht oder durch ein anderes Rechtssubjekt besetzt ist.

Nr.	Der Staat als aktive Partei: P_1:	Der Staat als passive Partei: P_2:	Der Staat als Vertr. d. öffentl. Interesses: J:	Der Staat als Obrigkeit: O:
1.				O
2.			J (J_1)	O
3.	P_1			O
4.		P_2		O
5.	P_1	P_2		O
6.	P_1		J	O
7.		P_2	J (J_1)	O
8.	P_1	P_2	J	O

Während im Zivilprozeß das Bild: „Staat nur als Obrigkeit" den Typus bildet, finden wir es im Strafprozeß lediglich bei Privatklagen nach StrPO. § 414 ff. (§ 374 ff.); aber auch da ist die Situation eine wesentlich andere als im Zivilprozeß. Während nämlich hier eine Mitwirkung des „Vertreters des öffentlichen Interesses" nicht in Frage kommt, nimmt dort der Staatsanwalt eine gewisse abwartende Stellung ein. Er ist zur Mitwirkung nicht verpflichtet, kann aber in jeder Lage der Sache bis zum Eintritt

der Rechtskraft des Urteils durch eine ausdrückliche Erklärung die Verfolgung übernehmen. (StrPO. § 417; vgl. auch § 422, § 429 II u. a.) [§ 377, § 382, § 389 II]. Der bisherige Privatkläger sinkt damit zum Nebenkläger herab.

Manche Prozessualisten konstruieren so, daß im Privatklageverfahren von Anfang an nicht zwei private Parteien miteinander prozessieren, sondern daß der Privatkläger lediglich als eine Art Bevollmächtigter oder als wirklicher Vertreter den staatlichen Strafanspruch gegen den Täter geltend mache[2]). Billigt man diese Erklärung, dann fehlt im heutigen deutschen Strafprozeß, im Gegensatz zu jenen Rechten, die das Institut der Popularklage kennen, der Fall 1 überhaupt[3]).

Im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten kann die Beteiligung des Staates in nur einer Form als das Normale bezeichnet werden. Dabei sind die Fälle des „Einparteienverhältnisses" nicht so selten wie im Zivilprozeß. Hier wird die oben erwähnte Unterscheidung in eine reine Obrigkeit und in eine daneben noch materiell als Partei interessierte Obrigkeit bedeutsam; im letzteren Fall stecken zwei Beteiligte in einem Prozeßsubjekt und meist auch einer physischen Person: die sachlich beteiligte Partei und die prozessuale Entscheidungsstelle. Gleichgültig ist auch in dieser Verfahrensart, ob zwei prozessuale Parteien Recht begehren, oder ob eine — prozessual, formell — fehlt. Beispiele hiefür sind die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden über Anträge und Gesuche um Konzessionen, Gebrauchserlaubnissen, Genehmigungen, etwa sicherheitspolizeilicher oder gewerberechtlicher Art, Anträge auf Aufnahme oder Einbürgerung u. dgl.

Im Verfahren vor dem Staatsgerichtshof tritt der Fall 1 nicht ein. Eine Parteiseite ist hier immer der Staat. Dagegen könnte hierher gerechnet werden das Wahlprüfungsverfahren nach bayr. VU. § 33, Landeswahlgesetz Art. 62, das zur Zuständigkeit des Landtages gehört. Die entscheidende Stelle ist staatlich, die Beteiligten sind Privatpersonen. Ebenso vor dem Wahlprüfungsgericht nach Art. 31 RV.

Der erste Fall des Schemas soll nur die Grundlage für die Darstellung der folgenden Möglichkeiten bilden.

§ 4. Der Staat als O und J (J_1).

Die Kombination O und J kann in vier Unterfälle zerlegt werden; es ist möglich,

1. daß kein weiterer Beteiligter erscheint,
2. daß daneben eine private Partei auftritt,
3. daß zwei solche Parteien vorhanden sind.

Die Zerlegung in diese ersten drei Fälle beleuchtet die Verschiedenartigkeit der Stellung von J im Prozeß.

4. Die vierte Unterform ergibt sich daraus, daß J in zwei gleichzeitig auftretende Personen gespalten wird, während im übrigen die Möglichkeiten 1—3 bestehen.

---

[2]) So Bennecke im Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts S. 111; im Gegensatz hierzu Beling im gleichen Buch S. 631: „Der Privatkläger steht in dem Verfahren an Stelle des Staates. Er ist aber nicht Vertreter des Staates, sondern vielmehr selbst Partei".

[3]) Zum Thema Popularklage vgl. Süß, Die Stellung der Parteien im modernen Strafprozesse, S. 92 ff.; speziell über den englischen Strafprozeß a. a. O. S. 286 ff., S. 295.

1. Für das Gebiet des Zivilprozesses scheidet der Unterfall 1 aus, weil hier der Staatsanwalt, wenn er überhaupt auftritt, neben anderen Beteiligten steht.

Ebenso verhält es sich im Strafprozeß. Wenn hier O und J zusammen irgendeine prozessuale Tätigkeit entwickeln, dann ist immer der Angeschuldigte oder Angeklagte passiv beteiligtes Prozeßsubjekt.

Im Verwaltungsverfahren fehlt ohnehin mit geringen Ausnahmen eine eigene von der Behörde abgetrennte Vertretung des öffentlichen Interesses; dann scheidet Fall 1 ohne weiteres aus. Zu den Ausnahmen gehört das Zusammenwirken von Polizeibehörde und Forstamt, wobei letzteres J wäre, in Forstpolizeisachen nach dem bayerischen Forstgesetz vom 28. März 1852 bzw. 17. Juni 1896 (Art. 34—47, sowie 114, und hiezu die allgemeinen Vollzugsbestimmungen von 1879 und 1896), allerdings in recht ausgefallenen Fällen.

Schließlich könnte hierher gerechnet werden die Veranlassung einer Vorentscheidung des Verwaltungsgerichtshofs über die Zuständigkeit (vgl. Art. 50 VGG.); allerdings wird dort von einer „Ladung der Beteiligten" gesprochen, aber diese Beteiligten sind eine Art von Zeugen, die erst im Verfahren vor dem Kompetenzsenat oder im Hauptverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof zu Parteien werden.

2. Die zweite Unterform besteht darin, daß neben O und J eine weitere — private — Person tritt. Beispiele für den Zivilprozeß sind das Entmündigungsverfahren nach § 646 ZPO., wenn der Staatsanwalt den Antrag stellt; ferner der Eheprozeß, wenn der Staatsanwalt Klage auf Nichtigkeit der Ehe erhebt: Beklagte sind gemäß § 632 II ZPO. die beiden Ehegatten.

Im Strafprozeß finden wir den Fall bei der sog. Klageprüfung des § 170 ff. StrPO. [§ 172 ff.]: der an der Strafverfolgung interessierte wäre die aktiv beteiligte private Partei; die Staatsanwaltschaft, die ein Einschreiten abgelehnt hat, wäre der — passiv beteiligte — J; das Gericht ist O.

Der Hauptanwendungsfall aus dem Strafprozeßrecht ist die Klageerhebung der Staatsanwaltschaft gegen den Täter und die Verhandlung vor dem Strafgericht. Der Staat ist einerseits Gericht, andererseits Ankläger; daneben steht als passiv Beteiligter der Angeklagte. Aufgabe der Staatsanwaltschaft ist in der Hauptsache Stoffsammlung, Beischaffung von Zeugen und Beweismittel, Erhebung der Anklage nebst Begründung des Strafantrags; der Gegenstand des Verfahrens verändert die prozessuale Stellung des Staatsanwalts nicht; seltene Ausnahmen bei den Privatklagen des § 414 ff. [§ 374 ff.]. Die ganze Tätigkeit von J im *Strafprozeß* erweist, mindestens *hiefür*, daß J prozessual nichts anderes sein kann als P_1. Darüber siehe oben § 2 und unten § 22!

Verfahrensarten außerhalb der Strafprozeßordnung, in denen es sich aber ebenfalls um die Feststellung eines durch eine Straftat entstandenen staatlichen Strafanspruchs handelt, zeigen, wenn ein Verfahren vor einer staatlichen Stelle auf Veranlassung einer anderen Behörde stattfindet, das gleiche prozessuale Bild. Als Beispiele seien genannt: das Verfahren vor den Disziplinarkammern oder Disziplinarhöfen für Richter, nicht richterliche Beamte und Offiziere, sei es des Reichs oder des Landes[4]). Ebenso das Ver-

[4]) Vgl. bayr. Beamtengesetz von 1908, Art. 102 ff., bes. 120, 124, dann 123, 136; Reichsbeamtengesetz von 1873, §§ 80 ff., bes. § 86. Die Reichsbehörde ernennt hierbei diejenigen Beamten, welche die Verrichtungen des Staatsanwaltschaft wahrzunehmen haben.

fahren nach Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1873, § 90, 92 vor dem Ehrengerichtshof für Rechtsanwälte beim Reichsgericht, wobei die Staatsanwaltschaft beim Reichsgericht die Rolle der Anklagevertretung vor dem Ehrengerichtshof übernimmt; das Verfahren der Vorinstanz ist nicht hierher zu rechnen, da es vor einer nichtstaatlichen Stelle, dem Ehrengericht der Anwaltskammer stattfindet.

Ferner ist die Militärgerichtsbarkeit nach Maßgabe des Art. 160 RV. und des Reichsgesetzes vom 17. März 1920 hierher zu rechnen; schließlich auch die Beamtenvorentscheidung nach Art. 7 des bayr. VGG.

Eine Art Sonderstrafgericht oder Sonderdisziplinargericht [5]) ist der bayr. Staatsgerichtshof in Sachen der Ministeranklage [6]). Die Vertretung der öffentlichen Anklage obliegt dem Generalstaatsanwalt beim Obersten Landesgericht. Da hier der Minister nicht als Staatsorgan, sondern als Privatperson am Verfahren beteiligt ist, können wir auch dies zum Unterfall 2 rechnen.

Ein ähnlich gelagerter Fall ergibt sich aus dem Reichsgesetz über den Staatsgerichtshof vom 9. Juli 1921 (vgl. RV. Art. 108); darüber siehe unten!

Im Verwaltungsverfahren fehlt in der Regel ein Staatsanwalt. In Forstrügesachen kann aber das Forstamt im öffentlichen Interesse Anträge stellen, einerlei, ob es sich dabei um Staats- oder Privatwaldungen handelt [7]). Eine höchst eigenartige Erscheinung ist dabei, daß das Forstamt gleichzeitig auch die Rolle eines Sachverständigen bekleidet, dessen Gutachten mitunter sogar bindende Kraft hat (Art. 65 II). Die Rolle der Vertretung der öffentlichen Interessen hat das Forstamt sowohl in Forstpolizeisachen im engeren Sinn inne, wie auch in Forstsachen vor den Amtsgerichten. Dabei hat das Forstamt das Recht der Antragstellung (Art. 142 ff.), wobei zuweilen das Amtsgericht die gesetzliche Pflicht hat, diesem Antrag stattzugeben (Art. 144 I), ferner das Recht der Vorladung von Zeugen, der Beischaffung von Beweismitteln (Art. 149), endlich die Begründung der Anklage (Art. 161) — im ganzen ein ähnliches Bild wie bei der Staatsanwaltschaft. Daher trifft auch hierauf zu, was oben S. 37 gesagt wurde: J ist in diesem Fall offenbar nichts anderes als P_1. Mehr mit der Funktion als Sachverständiger hängt die Befugnis des Forstamts zusammen, Erläuterungen zu geben. (Art. 160; vgl. jedoch die entsprechende Aufgabe des Staatsanwalts im Eheprozeß!) Das Forstamt übt diese Rolle sowohl dann aus, wenn ein privater Waldbesitzer der Betroffene ist, als auch dann, wenn der Staat selbst als Waldbesitzer beteiligt ist; nur der erste Fall gehört in diese Rubrik, über den anderen siehe unten!

Das bayerische Recht kennt die Einrichtung der Staatsanwaltschaft beim Verwaltungsgerichtshof. Ein Fall: O, J und eine private Partei tritt also immer dann ein, wenn nur *eine* Partei Recht sucht; so etwa in einem Verfahren um die Reichs- und Staatsangehörigkeit, das Staatsbürgerrecht, um Freizügigkeit und Aufenthalt, Auflösung von Vereinen (vgl. Art. 4 in Verbindung mit 8, Ziff. 1, 2, 3, 6 VGG.) oder bei Anfechtung staatsaufsichtlicher Akte durch Selbstverwaltungskörper (Art. 10, Ziff. 1—4 VGG.). Die Klage

---

[5]) Die Streitfrage soll nicht aufgerollt werden; vgl. *Rothenbücher*, Stellung des Ministeriums, S. 50; — *Nawiasky*, Bayr. Verfassungsrecht, S. 452.

[6]) Gesetz über den Staatsgerichtshof vom 11. Mai 1920.

[7]) Vgl. das oben genannte Forstgesetz, Art. 114, sowie Vollzugsvorschriften von 1879, § 22.

dieser einen Partei richtet sich gegen niemand anderen als die verfügende Staatsgewalt, und da diese im bayr. Verwaltungsprozeß formell nicht als Partei erscheint (s. unten!), so ist hier tatsächlich ein Verfahren mit nur einer Partei gegeben, bei dem jedoch als weiterer Verfahrensbeteiligter der Staatsanwalt (entweder abwartet oder) eingreift.

An der Grenze des Gebietes der Verwaltung und des Verwaltungsprozesses liegt der sog. Rechnungsprozeß, d. h. das Verfahren vor den Behörden der Rechnungskontrolle, in Bayern dem Kreiskommissariat, der Rechnungskammer und dem Obersten Rechnungshof[8]); ein Stück der Verwaltung wird hier in einem prozeßähnlich ausgestalteten Verfahren durch Beamte mit richterlicher Unabhängigkeit ausgeführt. Nach dem Wortlaut der Verordnung hat der Rechnungskommissar des Obersten Rechnungshofs, der zur Kontrolle an die Kreisregierungen bzw. Zentralstellen abgeordnet wird, in der kollegialen Entscheidung über die Beanstandungen der Rechnungsführung die Stellung eines Staatsanwalts[9]). Das Kollegium ist die entscheidende Stelle (O), der Rechner ist die private Partei, der Rechnungskommissar ist der Vertreter des staatlichen Interesses (J); in der Rekursinstanz (Oberster Rechnungshof) fällt die Rolle J fort.

Im Rechnungsprozeß des Reiches oder anderer deutscher Länder findet sich eine dem bayr. staatsanwaltschaftlichen Rechnungskommissar entsprechende Rolle nicht.

3. Die dritte Kombination besteht darin, daß neben O und J zwei weitere Parteien treten. Die Vertretung des öffentlichen Interesses tritt hier gegenüber den Verfahrensarten unter 2 und 1 mehr in den Hintergrund.

Im Rahmen der ZPO. finden wir diesen Fall im Prozeß gemäß §§ 607, 640, 646 (652). Der Staatsanwalt im Eheprozeß, im Prozeß zur Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern und im Entmündigungsverfahren steht normalerweise neben den zwei streitenden Parteien; ausnahmsweise ist der Staatsanwalt selbst die eine Prozeßseite, so wenn er Klage (siehe oben 2!) auf Nichtigkeit der Ehe erhebt (§ 632) oder wenn er auf Entmündigung wegen Geisteskrankheit usw. klagt (§ 645) bzw. wenn gegen ihn Klage auf Aufhebung der Entmündigung erhoben wird (§§ 664/666). Im ersten Fall —, wenn er der Verhandlung nur beiwohnt, Tatsachen und Beweismittel vorbringt und gutachtliche Äußerungen abgibt — haben wir das Bild O, J und zwei weitere Parteien. Der Strafprozeß bietet uns nur eine ähnliche, nicht die gleiche Kombination, wenn auf der einen Streitseite der Staatsanwalt und der Nebenkläger, auf der anderen der Angeklagte stehen. StrPO. § 435 ff. [§ 395 ff.]. Der Staatsanwalt ist hier wirklicher Kläger; er füllt schon allein die Aktivseite aus; das Verfahren käme auch ohne Nebenkläger zustand. Andererseits hat dieser grundsätzlich die gleichen Rechte, als wenn er Privatkläger wäre, StrPO. § 437[I] [§ 397], insbesondere unabhängig von der Staatsanwaltschaft das Recht zur Erlegung von Rechtsmitteln § 441[I] [§ 401[I]].

Der Staatsanwalt vor dem bayr. Verwaltungsgerichtshof in Angelegenheiten zweier anderer streitender Rechtssubjekte, etwa zweier Gemeinden über Gemeindemarkung- und Flurgrenze nach Art. 8, Ziff. 25 VGG.[10]) ist

[8]) Vgl. Verordnung betr. Errichtung eines Oberst. Rechnungshofs vom 21. Jan. 1826.

[9]) § 48 der Verordnung spricht das Wort „Staatsanwalt" aus; über seinen näheren Aufgabenkreis vgl. §§ 49 ff.

[10]) Vgl. Entscheidungen d. VerwGerichtshofs Bd. 8 S. 87, Bd. 14 S. 14.

vergleichbar dem Staatsanwalt im Zivilprozeß neben zwei streitenden Ehegatten.

Im einfachen Verwaltungsverfahren fehlt grundsätzlich eine eigene Vertretung des öffentlichen Interesses. Der Staat gilt als durch seine Verwaltungsbehörde ohnehin schon vertreten.

4. Der unter Ziff. 2 des § 4 erörterte Fall aus dem Forstprozeß kompliziert sich dadurch, daß die Prozeßrolle des Forstamts vor dem Amtsgericht, die in vielem der Stellung eines Staatsanwalts im Strafprozeß gleicht, auch dann bestehen bleibt, wenn das Verfahren sich vor dem Landgericht abspielt und dorthin ohnehin schon ein eigentlicher Staatsanwalt tätig ist: Sobald der Prozeß vor das Landgericht kommt, haben wir zwei Vertreter des öffentlichen Interesses. Der Forstmeister nimmt seinen Platz zur Seite des Staatsanwalts ein[11]). Aber während in Forstpolizeisachen sowie in amtsgerichtlichen Forstrügesachen das Forstamt[12]) — da ein eigentlicher Staatsanwalt nicht vorhanden ist — nicht nur amtliche Gutachten erstattet, sondern auch die Rolle einer Anklagebehörde bekleidet, ist seine Stellung beim Landgericht mehr eine Mittelform zwischen dem Staatsanwalt und einem staatlichen Sachverständigen. Beispielsweise hat wohl die Staatsanwaltschaft das Recht der Revision gegen die Urteile der Landgerichte gemäß Art. 177, nicht aber das Forstamt[13]); dessen staatsanwaltschaftlichen Aufgaben sind eingeschränkt und abgeschwächt.

Es ist hier der Übersicht halber am Platz die vier Fälle des Forstgesetzes, die an verschiedenen Stellen erwähnt werden mußten, zusammenzustellen:

1. Fall: Staat als O, Staat als J[14]).
2. „ „ „ O, „ „ J und J_1[15]).
3. „ „ „ O, J und P_2[16]).
4. „ „ „ O, J, P_1 und P_2[17]).

§ 5. Der Staats als O und P_1.

Der Staat kann, bzw. muß auch als gewöhnliche Partei vor seinen eigenen Gerichten Recht suchen, sei es als Kläger oder als Beklagter. In manchen Verfahrensarten sträubt man sich allerdings zum Teil noch den Staat als Partei zu bezeichnen — darüber unten mehr! — z. B. bei dem oben erwähnten Staatsanwalt im Strafprozeß; doch bestehen schon hier bei einer großen Zahl von bedeutenden Prozessualisten, in anderen Verfahrenszweigen, z. B. im Zivilprozeßrecht, überhaupt keine Bedenken, den Staat als Prozeßpartei zu konstruieren. Gerade in diesem Punkte werden die theoretischen und rechtpolitischen Betrachtungen etwas zu verweilen haben.

Im Zivilprozeß ist — unbestritten — der Staat immer dann Partei, wenn man ihn herkömmlicherweise Fiskus nennt. (Darüber unten § 16.) Der Fiskus klagt etwa auf Erfüllung privatrechtlicher obligatorischer Verträge, z. B. der Forstfiskus auf Abnahme verkauften Holzes, auf Lieferung von Maschinen usw.; oder er erhebt Feststellungsklagen hinsichtlich seines Eigen-

[11]) Forstgesetz vom 28. März 1852 und 17. Juni 1896, Art. 176; Näheres siehe Kommentar von Ganghofer-Weber.

[12]) Vgl. die Art. 114, 118, 142, 161.

[13]) Dieses könnte nur durch Beschwerde an den Oberstaatsanwalt usw. zur Revisionsergreifung indirekt veranlassen; vgl. Ganghofer a. a. O. S. 446, Anm. 2 zu Art. 177.

[14]) Siehe § 4 Ziff. 2 der Arbeit. [15]) § 4 Ziff. 4. [16]) § 9 Ziff. 1. [17]) S. unten § 10.

tums, oder Gestaltungsklage auf Grenzscheidung, oder er beantragt Beweissicherung usw.

Nach manchen Gesetzen hat der Fiskus (Steuerfiskus, Zollfiskus) das Recht, von sich aus, d. h. ohne eines gerichtlich vollstreckbaren Urteils zu bedürfen, Zwangsvollstreckung vorzunehmen. (Vgl. bayr. Ausführungsgesetz zur ZPO. und KO. vom 23. Februar 1879, Art. 4—8, in denen das Vollstreckungsrecht der Verwaltungsbehörden aufrechterhalten und dabei den Vorschriften der ZPO. angeglichen ist.) Gewöhnlich wird aber der Fiskus zur Zwangsvollstreckung die Hilfe des Gerichts in Anspruch nehmen. In all den genannten Fällen ist der Staat P_1.

Für Prozesse über gewisse Rechtsverhältnisse kann naturgemäß nur eine nichtstaatliche Person als Partei in Frage kommen, so in den Prozessen über eheliches Personen- und Güterrecht, im Vormundschaftsrecht usw. — dann auch in manchen urheberrechtlichen Streitigkeiten, z. B. UrhG. § 56^{II}, während anderseits das Reich in Streitigkeiten aus § 5^{II} Patentgesetzes Kläger und Beklagter sein kann.

Ob man den sog. „Vertreter des öffentlichen Interesses" im Strafprozeß als Partei auffassen darf, sollte zunächst als etwas Fragwürdiges hingestellt werden; allerdings haben die Ausführungen im vorhergehenden Paragraphen schon einen Weg zur Lösung gewiesen. Nachdem aber einmal aus systematischen Gründen die Figur aus den übrigen Prozeßrollen herausgehoben wurde, mußte das, was über den Staat als Partei im Strafprozeß zu sagen gewesen wäre, bereits oben gebracht werden.

Im bayrischen Verwaltungsprozeß tritt nach herrschender Meinung der Staat nicht als Prozeßpartei auf. Dagegen kann wohl der Fiskus Partei sein. Die Behörde z. B., die die Jagdkarte verweigert oder entzogen hat, ist in der Beschwerdeinstanz zwar jene Stelle, gegen die sich materiell die Beschwerde richtet; prozessual ist sie dagegen nicht passiv Beteiligte. (VGG. Art. 8 Ziff. 18.) Ebenso verhält es sich mit der Polizeibehörde, die nach VGG. Art. 8, Ziff. 6 Vereine oder Versammlungen aufgelöst hat usw. Anderseits spricht man von einer prozessualen Parteistellung, wenn z. B. der Eisenbahnfiskus in Zwangsabtretungssachen nach VGG. Art. 8, Ziff. 10 Kläger vor dem Verwaltungsgerichtshof ist, oder wenn in einem Streit über die Berechtigung zur Erhebung der Gewerbesteuer der Staat als „Steuerfiskus" klagt. Wenn in einem Streit nach VGG. Art. 8, Ziff. 12 (Ausübung und Ablösung von Weiderechten auf fremdem Grund und Boden) in der Beschwerdeinstanz (Regierungssenat) der Staat sachlich „Beklagter" ist — vorsichtiger gesagt „Betroffener", da es sich nicht um eine Prozeßrolle handelt — dann tritt er prozessual nicht als Beklagter auf, er ist nicht Partei; denn die Beschwerde richtet sich hier gegen eine Maßnahme einer Behörde (Bezirksverwaltungsbehörde). Ist er dagegen Beschwerdesteller, dann tritt er als prozessuale Partei auf; denn Beschwerde erhebt er als Grundbesitzer, also als Fiskus. In dem oben erwähnten Fall des Steuerfiskus hatten wir nach früherem bayr. Recht eine für unsere Betrachtung interessante Erscheinung zu verzeichnen. Nach Art. 38 des bayr. Erbschaftssteuergesetzes und nach Art. 250 des Gebührengesetzes trat bei den Regierungsfinanzkammern im verwaltungsrechtlichen Senat ein Staatsanwalt im Nebenamt auf. Dieser war nach Dyroff[18]) „Parteivertreter, da hier der Staat als Ärar wirkliche Partei ist ... aber nicht ausschließlich Parteivertreter, da die einheitliche Ge-

[18]) Kommentar zum VGG., Art. 4, Anm. 1.

setzesanwendung und die gleichmäßige Besteuerung hier ebenfalls ein gesetzgeberisches Ziel ist." Ein und dieselbe Person war also gewöhnliche Partei P_1 und Vertreter des öffentlichen Interesses. Der Staat hatte hier drei Funktionen, aber nur zwei Prozeßrollen; die dritte Rolle war mit der zweiten in ähnlicher Weise, wie die des Gerichts mit der des Klägers im Inquisitionsprozeß verschmolzen. Ein Seitenstück hiezu ist der Staatsanwalt im Eheprozeß, wenn er gleichzeitig Partei ist, oder das Forstamt (s. oben) oder der Kommissar des preußischen Verwaltungsprozesses (s. unten).

Das vor dem bayr. Verwaltungsgerichtshof sich abspielende Verfahren kann nicht unter diese Rubrik gestellt werden, da hier immer der Staatsanwalt, mindestens abwartend oder beaufsichtigend, beteiligt ist; doch werden die Verfahrenshandlungen unterhalb des Verwaltungsgerichtshofes, d. h. in den Unterinstanzen, durchweg ohne Staatsanwalt durchgeführt, gehören also hieher. Ebenso ist es im Verfahren vor der Flurbereinigungskommission[19], wenn es sich bei der Zusammenlegung um Grundstücke des Staates handelt.

Nach RV. Art. 108 und Reichsgesetz vom 9. Juli 1921 erhebt der Reichstag Anklage gegen den Reichspräsidenten, den Reichskanzler oder einen Reichsminister vor dem Staatsgerichtshof. Dieser Fall ist dem oben § 4 Ziff. 2 erwähnten ähnlich; aber dort erhebt ein „Vertreter des öffentlichen Interesses", der Generalstaatsanwalt, die Klage, hier dagegen der Reichstag. (Daß beide die Rolle von P_1 bekleiden, liegt auf der Hand.)

In den Spezialverwaltungsprozessen des Reichsrechtes kann der Staat — sowohl als Fiskus wie als Staatsgewalt — Partei sein. Der Fiskus als Grundeigentümer unterlag den gleichen Beschränkungen wie ein gewöhnlicher Privateigentümer hinsichtlich des Gebietes in der nächsten Umgebung von Festungen[20]. Er konnte auch gegen Verfügungen der Kommandantur, durch die sein Eigentum aus militärischen Gründen beschränkt wurde, Rekurs an die Reichsrayonkommission einlegen (§ 29); der Staat war hier Kläger und Gericht.

Ebenso kann in Reichsversicherungssachen nach RVO. § 1773, sei es das Land vor einer „Landes"versicherungsbehörde — Oberversicherungsamt, Landesversicherungsamt — oder das Reich vor einer „Reichs"versicherungsbehörde — Reichsversicherungsamt — klagen; über die weiteren Möglichkeiten in diesem Verfahren siehe unten!

Nach früherem bayerischem Recht[21] war der „Fiskus" bei beabsichtigter Ehe von Personen mit vorläufiger Heimat einspruchsberechtigt; er erschien in Klägerrolle gegen die Brautleute, die Entscheidung ruhte bei der Polizeibehörde (Distriktsverwaltungsbehörde; Art. 33 a. a. O.).

§ 6. Der Staat als O und P_2.

Die Fälle dieses Paragraphen sind vielfach lediglich eine Umkehrung der im vorigen geschilderten; doch ergeben sich einige neue, während andere wegfallen.

Im Zivilprozeß kann der Staat als Fiskus Beklagter, bzw. in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs Schuldner sein. Allerdings ist der Konkurs häufig gesetzlich ausgeschlossen, die Zwangsvollstreckung erschwert (s. u.).

---

[19]) Bayr. Gesetz vom 29. Mai 1886 und 9. April 1899.

[20]) Reichsrayongesetz vom 21. Dezember 1871.

[21]) Vgl. Kommentar zum Bayr. Heimatgesetz, von Reger, 1911, zu Art. 31 ff. (S. 101 ff.); Art. 32 II. (S. 111).

Der Staat als sog. Staatsgewalt kann im Zivilprozeß nicht Beklagter sein.

Im Strafprozeß fehlt die gleiche Möglichkeit aus folgendem Grunde. Im Gegensatz zum Völkerrecht, das allgemein die Deliktsfähigkeit der Staaten anerkennt, gilt in unserem Strafrecht der Satz: societas delinquere non potest; daher kann der Staat nicht Angeklagter sein. Die vereinzelten Ausnahmefälle (RAO. § 357!) treffen gerade den Staat nicht[22].

Theoretisch wäre es durchaus denkbar, daß der Staat Beklagter im Verwaltungsprozeß wäre. Nach positivem Recht ist die Beklagtenstellung indessen häufig verschleiert, in Bayern überhaupt vermieden. Nach der Interpretation, die die herrschende Meinung den einschlägigen bayerischen Gesetzen gibt, kann der Staat auch dann, wenn der Anspruch materiell sich gegen ihn richtet, nicht in Beklagtenrolle erscheinen[23]. Im Gegensatz hiezu läßt das preußische Recht[24] den Staat sowohl als Kläger wie als Beklagten auftreten. Doch ist der Staatsvertreter nach dem Wortlaut des Gesetzes ein höchst eigenartiges Mittelding zwischen gewöhnlicher Partei und Vertretung des öffentlichen Interesses; er vertritt „als Partei" „die öffentlichen Interessen". (Näheres unten § 12 β 2.)

Wenn sich ein Privater beschwert fühlt durch Eingriffe einer Behörde in seine Rechte, so erhebt er, falls der „Rechtsweg" eröffnet ist, Klage vor dem Zivil-, Straf- oder Verwaltungsgericht; andernfalls legt er, je nach dem positiven Rechtsfall, förmliche Beschwerde oder schlichte Verwaltungsbeschwerde ein, die an die gleiche oder an eine höhere Stelle gerichtet sein kann. Ob ein unabhängiges Gericht oder eine sachlich interessierte Behörde den angefochtenen Erkenntnisspruch gefällt hat, macht insoferne einen Unterschied, als im ersten Fall der Berufungs-, Revisions- oder Rekursantrag sich nicht eigentlich gegen die Vorinstanz richtet, sondern gegen den in der ersten Instanz schon aufgetretenen Gegner. Im zweiten Fall dagegen ist mindestens sachlich die Vorbehörde die Betroffene; gegen sie, die neben der Entscheidungsfunktion noch eine Funktion als Trägerin des fraglichen Anspruchs in sich vereinigen kann, richtet sich der vor der Oberstelle erhobene Antrag. Das Amtsgericht ist nicht Beklagter vor dem Landgericht, das Oberlandesgericht nicht vor dem Reichsgericht; eine an dem von ihm entschiedenen materiellen Rechtsverhältnis selbst beteiligte Verwaltungsbehörde könnte in der Oberinstanz theoretisch wohl Beklagtenrolle bekleiden.

In der Literatur ist nun die Frage bestritten, ob man die Unterbehörde als passiv Beteiligte (P_2) vor der Oberinstanz ansehen darf[25]. Nach germanischem Rechte konnte unter Umständen sogar das Gericht, dessen Entscheidung angefochten war, durch die Anfechtung Beklagter werden[26]. Heutzutage ist zuweilen das Umgekehrte angeordnet: Die Unterbehörde ist eine Art Nebenklägerin im Verfahren vor der Beschwerdeinstanz, der Einspruch-

---

[22]) Die Frage, ob der Staat überhaupt rechtswidrig, d. h. rechtsordnungswidrig handeln kann, liegt außerhalb unserer Betrachtung.

[23]) Anders der bayr. Verwaltungsgerichtshof in Bd. 24, S. 139; Bd. 25, S. 169, der die „kgl. bayr. Staatsregierung" als Prozeßpartei bezeichnet. Nach Dyroff ist diese Bezeichnung unrichtig; ihm zufolge hätte als einzige Partei der Kläger angesehen werden müssen, dem „der Staat ohne Parteistellung gegenüberstand"; vgl. Kommentar S. 386, Anm. 3 zu Art. 8, Ziff. 39.

[24]) Landesverwaltungsgesetz vom 30. Juli 1883, § 74.

[25]) Vgl. Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, S. 59, S. 66 ff.

[26]) So im longobardischen Prozeß: Das Untergericht wurde vor dem Königsgericht verklagt. Vgl. hierzu auch Amira, Grundriß des germanischen Rechts, 1901, § 83 und § 85.

erheber, Antragsteller oder Berufungskläger ist eine Art Beklagter (siehe unten!); zuweilen sind die Vorinstanzen in sonstiger Weise zu aktiv oder passiv Beteiligten gemacht, so in RAO. § 266, § 279.

Meist ist jedoch prozessual die Vorbehörde am Verfahren vor der Oberinstanz nicht mehr beteiligt, wenn sie es auch vom materiellen Standpunkt aus sein müßte. Trotzdem sind nach positivem Recht einige Fälle denkbar, die hieher zu rechnen sind. Wenn gegen eine Verfügung der Verwaltungsbehörde Klage vor dem ordentlichen Gericht zugelassen ist, dann ist auch im allgemeinen im Anfechtungsprozeß ein Vertreter der Behörde als Beklagter anwesend. Vgl. Entscheidg. des Reichsger. in Zivils. Bd. 6, S. 204; hier handelte es sich allerdings um einen Selbstverwaltungskörper (vertreten durch den Magistrat), aber ein entsprechender Fall wäre, soweit es das landesherrliche Reskript vom 23. Juni 1838 zuließ, auch bei einer staatlichen Behörde denkbar gewesen. Zu vergleichen ist ferner die Entscheidung über die Anwendbarkeit des § 2 des preußischen Gesetzes vom 11. Mai 1842. (Zulässigkeit des Rechtswegs, d. h. Gerichtswegs bei Polizeiverfügungen) Bd. 8, S. 226 ff.; die beklagte Polizeibehörde — daß sie materiell wie prozessual „Beklagte" sei, wird außer Zweifel gelassen — wird wegen Mangels eigener Rechtsfähigkeit als Vertreterin des Staates angesehen, „welcher unter gewissen gesetzlichen Voraussetzungen die Anfechtung der polizeilichen Verfügungen bzw. die Geltendmachung der Befreiung von der Befolgung derselben im Wege des Prozesses zuläßt", so daß angenommen werden muß, daß der Staat „derjenigen Behörde seine Vertretung im Prozeß übertragen hat, welche die Verfügung erlassen hat".

Mindestens in diesen letzten Fällen liegt die hier zu besprechende Kombination O, P_2 vor. Dagegen bleibt der Beschwerdeführer Angeklagter (s. oben!) nach StrPO. §§ 453—458 [§§ 413—418][27]).

Aber auch dann schon, wenn eine Behörde im Verwaltungswege einschreitet, kann man den Betroffenen als Passivbeteiligten bezeichnen. Da ein solcher von einem Verwaltungsakt Betroffener auch der Fiskus sein kann, z. B. beim Einschreiten der Polizei gegen den Militärfiskus nach Art. 78 des bayer. Polizeistrafgesetzbuchs, finden wir hier wieder den Fall O—P_2.

Wie als Kläger, so kann der Staat auch als Beklagter vor manchen Sonderverwaltungsrechtspflegebehörden auftreten, etwa vor der Flurbereinigungskommission gemäß Art. 18, 20, 32, 39 des bayer. Flurbereinigungsgesetzes bei der Zusammenlegung von Grundstücken gegen den Willen der Eigentümer; gegen den Fiskus ist übrigens auch Zwangsenteignung denkbar[28]).

Nach § 8 des Reichsversorgungsgesetzes vom 12. Mai 1920 ist das Reich verpflichtet zur Lieferung von orthopädischen Gegenständen u. dgl. Für diesen Fall ist im Verfahren in Versorgungssachen nach dem Gesetz vom 10. Jan. 1922 das Reich Beklagter vor einem Gericht des Reichs. Nach § 49 des Gesetzes von 1922 läßt sich das Reich von der obersten Reichsbehörde vertreten.

Nach § 1773 RVO. ist das Versicherungsamt, das bei Streit über den Hauptanspruch zu entscheiden hat, auch zuständig für alle Ersatz-, Erstattungs-

[27]) Vgl. hierzu EStPO. § 6, Nr. 3 und preußisches Gesetz vom 23. April 1883 mit Änderung vom 22. Juni 1907 betr. Erlaß polizeilicher Strafverfügungen. In Bayern fehlt ein entsprechendes Gesetz.

[28]) Vgl. Otto Mayer, Verwaltungsrecht II, S. 27/28. Laforet, Bayr. Zwangsabtretungsgesetz, S. 29.

und andere Ansprüche, die aus dem Hauptanspruch hergeleitet werden[29]). Bei den Ersatzansprüchen handelt es sich oft um Ansprüche der Versicherungsträger gegen- und untereinander. Wenn nun das Reich oder ein Bundesstaat Versicherungsträger ist, kann dieser als Beklagter vor dem Versicherungsgericht auftreten. Versicherungsträger ist das Land oder das Reich, z. B. in den §§ 624, 625, 627, 957, 1119, dann 892, sofern der Betrieb auf Rechnung des Landes oder Reichs geht, so bei den Verwaltungen der Eisenbahnen, Post, Telegraphen, der Wehrmacht und den entsprechenden Zivilverwaltungen nach der neuen Wehrorganisation. Es handelt sich dabei regelmäßig um Unfallversicherung, da bei der Krankenversicherung, auch wenn der Betrieb auf Rechnung des Staates geht, Selbstverwaltungskörper Versicherungsträger sind. Die Streitigkeiten sind aber nicht auf die Fälle des § 1773 beschränkt, sondern können auch Streitigkeiten mit den Versicherten selbst betreffen, z. B. Ansprüche auf Entschädigungsleistungen, oder Streitigkeiten mit Versicherungsbehörden, z. B. über Heranziehung zu Umlagen, über Einreihung in eine Gefahrenzone usw. Der Erkenntnisspruch erfolgt in der ersten Gruppe der Fälle im Spruchverfahren, in der zweiten im Beschlußverfahren. Über die weiteren Fälle — etwa folgenden: Das Reich erläßt als Betriebsunternehmer polizeiliche Unfallverhütungsvorschriften, gegen die im Aufsichtsweg Beschwerde zum Reichsversicherungsamt erhoben wird — kann auf das oben über Beschwerde und etwaige Beklagtenrolle der Vorinstanz Ausgeführte verwiesen werden.

Als eine Erinnerung an die Auffassung im Polizeistaat, nach der bei schädigenden Handlungen der Staatsgewalt in Ausübung von Staatshoheitsrechten der Fiskus haftbar gemacht wurde, ist § 42 des erwähnten Reichsrayongesetzes anzusehen. Unter Umständen hat der Besitzer von Grundstücken, dem Beschränkungen im Sinne dieses Gesetzes (vgl. §§ 34 ff.) auferlegt sind, das Recht, bei Nichterzielung einer Einigung mit der die Entschädigungspflicht bestreitenden Kommandantur den Rechtsweg zu beschreiten; § 40^{II}. Ebenso steht nach § 41^{III} der Rechtsweg offen. Die zivilrechtliche Klage auf Entschädigung ist hiebei gegen den Reichsfiskus zu richten. O ist hier das Gericht, P_2 der Fiskus.

Das Reich kann vor dem Reichswirtschaftsgericht Beklagtenrolle einnehmen in wirtschaftlichen Angelegenheiten, Entschädigungsansprüchen aus Anlaß des Krieges, Waffenstillstandes oder Friedensschlusses, bei Schäden nach dem Tumultschadengesetz usw.

Bei Verfassungsbeschwerden nach bayr. VerfUrk. § 93^{I}, § 70^{I}, sowie § 2 des bayr. Staatsgerichtshofsgesetzes ist Kläger gewöhnlich ein Privater, Beklagter möglicherweise eine Behörde oder ein Gericht, entscheidende Stelle der Staatsgerichtshof; also O—P_2.

§ 7. Der Staat als O, P_1 und P_2.

Der Staat kann auch auf beiden Parteiseiten am Verfahren beteiligt sein.

Zwei verschiedene sogen. stationes fisci des gleichen Staates können nur dann gegeneinander zivilprozessuale Klage erheben, wenn ihnen das Landesrecht ausdrücklich bürgerlich-rechtliche Rechtsfähigkeit beilegt. Normalerweise wird ein Gegensatz zwischen zwei Zweigen des Staatsganzen, und also auch zwischen zwei fisci desselben Staates, im Verwaltungswege ausge-

[29]) Vgl. Stier-Somlo, Kommentar zur RVO, § 1773, Anm. 1.

tragen. Beispiele dieser Art sind meist nicht durch Gesetz, sondern durch Verwaltungsverordnung geregelt; als gesetzlich geregelt kann erwähnt werden: Nach dem Eisenbahnpostgesetz vom 20. Dez. 1875, Art. 1 entschied bei Meinungsverschiedenheiten zwischen der Postverwaltung und der Eisenbahnverwaltung über die Bedürfnisse des Postdienstes usw. die oberste Landesverwaltungsbehörde, erforderlichenfalls der Bundesrat (= Reichsregierung). Verleiht aber das Landesrecht dem Einzelfiskus (statio fisci) Rechtsfähigkeit und damit zivilprozessuale Parteifähigkeit (ZPO. § 50), dann kann auch im Zivilprozeß beiderseits der Staat Partei sein. Das Reichsgericht[30] beantwortet die Frage: „Sind die einzelnen fiskalischen Stationen in prozeßrechtlicher Beziehung als besondere Rechtssubjekte anzusehen?" folgendermaßen: Sie sind ... „in keiner Weise als besondere Person aufzufassen", sondern nur als „Vertreter des Fiskus für die ihnen zugewiesenen Angelegenheiten"[31]. Der preußische Fiskus stellt zusammen nur ein Rechtssubjekt dar. Ebenso entschied das Reichsgericht in Ansehung des bayrischen Eisenbahn- und Postfiskus[32]. Anders ist es nach dem Rechte von Mecklenburg und den Hansastädten bei manchen Verwaltungszweigen[33]. Auch ein Beamtenkollegium oder eine nichtfiskalische Behörde kann nur belangt werden, wenn ein eigenes Gesetz zivilprozessuale Parteifähigkeit — aktive und passive — verliehen hat[34].

In der Regel wird die Kombination O-P_1-P_2 im Zivilprozeß nicht eintreten können[35].

Ein Konflikt zwischen verschiedenen Verwaltungsbehörden wird entweder durch die vorgesetzte Dienststelle oder durch die gemeinsame höhere Stelle entschieden; es handelt sich in diesen Fällen nicht um einen Prozeß im engeren Sinn, aber um ein Verfahren vor einer entscheidenden Stelle (O) zum Zwecke der Herbeiführung eines bindenden Erkenntnisses, wobei sowohl die aktive wie die passive Seite staatlich sind (P_1 und P_2). Daher gehört in diesem Zusammenhang der Streit vor dem Kompetenzkonfliktsgerichtshof zwischen Gericht einerseits, Verwaltungsbehörde bzw. Verwaltungsgericht anderseits[36], sowie ein Streit vor dem Kompetenzsenat[37, 38].

---

[30] Zivilsachen Bd. 2, S. 392.

[31] Vgl. auch Bd. 8, S. 227.

[32] Jurist. Wochenschr. 1888, S. 309: Sie sind „nicht verschiedene Rechtspersönlichkeiten", sondern repräsentieren nur „nach verschiedenen administrativen usw. Beziehungen den bayrischen Staat".

[33] Doch entschied hier das Reichsgericht (in Jur. Wochenschr. 1908, S. 303), daß z. B. die Finanzdeputation in Hamburg als Vertreterin der Stadt, nicht als selbständiges parteifähiges Rechtssubjekt aufzufassen sei.

[34] Entscheidung des RGer. in Seuffert Archiv Bd. 54, Nr. 224.

[35] Anders wenn die Rollen unter mehrere Staaten verteilt sind; siehe unten § 11.

[36] Vgl. BayrVUrk. § 69 III, GVG. § 17 I, II; EG. zur ZPO. § 15, bayr. Gesetz vom 18. August 1879, GVBl. S. 991.

[37] BayrVGG. Art. 50; Beteiligte: Verwaltung einerseits, Verwaltungsgerichtshof anderseits. „Beteiligte" nicht im Sinne von Art. 19, 21, 23 VGG.

[38] Theoretisch ist noch folgender hier einschlägiger Fall vorstellbar: Da beim Enteignungsverfahren die über die Entschädigungssumme entscheidende Stelle nicht identisch ist mit der, zu deren Gunsten die Enteignung erfolgt und die daher das Enteignungsverfahren betreibt, so kann der Staat als O, als P_1 und eventuell noch als P_2 erscheinen, letzteres dann, wenn der staatliche Zweck, um dessentwillen enteignet werden soll, höher geschätzt wird, als der, dem das Grundstück z. Z. dient. Anderer Ansicht Laforet, S. 29. Beispiel: Zum Zweck eines Bahnbaus wird ein Grundstück des Forstärars enteignet. (Vgl. aber Otto Mayer, Verwaltungsrecht Bd. II, S. 27 ff.). Praktisch habe ich allerdings nirgends in der Rechtsprechung einen Fall dieser Art gefunden.

Im bayrischen Verwaltungsprozeß ist dieser Fall aus den oben angeführten Gründen — Staatsgewalt wird nicht als Partei betrachtet; Staatsanwaltschaft ist beteiligt — nicht denkbar.

Nach der Auffassung des preußischen Landesverwaltungsgesetzes können zwei Staatsbehörden als Parteien miteinander prozessieren. Meist handelt es sich allerdings bei einem solchen Behördenprozeß um einen Konflikt zwischen Staat und Selbstverwaltungskörper, z. B. Klage des Oberpräsidenten gegen den Provinziallandtag; anders aber, wenn z. B. der Fiskus gegen die Polizei klagt. Voraussetzung ist dabei, daß man den Kommissar nach § 74 LVG. als Partei, nicht als Vertreter des öffentlichen Interesses betrachtet (s. oben!); andernfalls müßte man den acht Fällen des Schemas zwei neue hinzufügen, einen Fall mit O als entscheidender Stelle, J als Beklagter, sowie einen mit O, mit J als Beklagten und mit einer weiteren Stelle des Staates (Fiskus) als P_2. In die gleiche Rubrik würde dann auch die Entmündigungsanfechtungsklage gemäß § 666 I ZPO. gehören, die gegen den Vertreter des öffentlichen Interesses zu richten ist; auch hier ist O = Gericht, J = der Beklagte.

Ebenso gehört der Fall des § 1773 RVO. (Ersatz- und Erstattungsansprüche, siehe oben!), dann, wenn der Streit zwischen zwei dem gleichen Staate zuzurechnenden Versicherungsträgern stattfindet, zur Kombination O-P_1-P_2.

Im Strafprozeß ist ein Gegenübertreten von Behörde und Behörde als Kläger und Angeklagter unmöglich.

Im bayrischen Verfassungsprozeß (im engeren Sinn) bildet die Kombination die Regel[39]). Nach VU. § 70 I ist der Staatsgerichtshof zuständig, wenn für Verfassungsstreitigkeiten ein Rechtsweg nicht eröffnet ist. Es muß sich um „Meinungsverschiedenheiten" über die Auslegung der Verfassung" „zwischen den obersten verfassungsrechtlichen Organen" handeln[40]), also Landtag, Gesamtministerium, Staatsbürgerschaft, Landtagsmehrheit, Landtagsminderheit; in Wirklichkeit sind die Verfassungsstreitigkeiten auf Regierung und Landtag beschränkt, die drei übrigen Gebilde durch das erwähnte Gesetz ausgeschlossen. In den zugelassenen Fällen handelt es sich um ein Verfahren mit O-P_1-P_2.

Endlich ist der gesetzgeberisch meist nicht geregelte, aber wohl selbstverständliche Fall anzuführen, daß Streitigkeiten zwischen zwei verschiedenen Ressorts auf Antrag eines Ministers bzw. Ministeriums durch das Gesamtministerium, Kabinett usw. entschieden wird.

§ 8. Der Staat als O, P_1 und J.

Von dem Gesichtspunkte aus, daß der Staat als „Vertreter des öffentlichen Interesses" entweder neben zwei streitende Parteien tritt oder in einem Verfahren selbst die eine Seite ausfüllt — über die weitere Verwertung dieses Gegensatzes siehe unten im II. Teil, § 22 und im III. Teil § 25, S. 210! — zerlegen wir den sechsten Fall des Schemas wieder in zwei Unterfälle:

1. Entweder kommt zu den drei Beteiligten O, P_1 und J noch eine weitere Privatperson als Passivbeteiligte dazu.
2. Oder O, P_1 und J bilden allein die Prozeßpersonen.

---

[39]) Vgl. bayr. Gesetz über den Staatsgerichtshof vom 10. Juni 1920, § 2 Ziff. 3.
[40]) Nawiasky, BayrVerfRecht, S. 466.

Die prozessuale Stellung von J ist in den beiden Fällen durchaus verschieden.

Zu 1: Von den wenigen Möglichkeiten, in denen nach der ZPO. ein Staatsanwalt mitwirkt, scheidet hier der Eheprozeß aus, da der Staat dabei höchstens als J, nicht aber als P beteiligt sein kann. Auch im Entmündigungsverfahren — etwa nach ZPO. § 646 II — ist der Staat nicht P, sondern J. Im Kindschaftsprozeß läge es durchaus im Bereiche der Möglichkeit, daß eine staatliche Behörde oder Anstalt (Vormundschaftsbehörde, Jugendamt, Erziehungsanstalt oder dgl.) ein Klagerecht bekäme. In der ZPO. ist aber dieser Fall nicht vorgesehen.

Im Strafprozeß kommt eine derartige Zusammenstellung nicht vor. J ist vielmehr hier, wie schon erwähnt, seinem Wesen nach P_1.

Dagegen ist ein übrigens zweifelhafter Fall vielleicht am zweckmäßigsten an dieser Stelle vorzutragen. Der bayr. Landtag beschließt nach § 25 des Staatsgerichtshofgesetzes die Ministeranklage, der Generalstaatsanwalt beim Obersten Landesgericht erhebt sie. Wenn wir es wagen dürften, diesen Ankläger auch wirklich P_1 zu nennen — was er prozessual ja ist —, dann könnte man auf den Gedanken kommen, auch dem Landtag eine Prozeßrolle — J — zuzusprechen, da nach dem erwähnten Gesetz die Beauftragten des Landtags das Recht haben, den Beweisaufnahmen und Verhandlungen beizuwohnen, Anträge zu stellen usw. (§ 25). Doch kann man hier höchstens noch von einer Ähnlichkeit mit der Kombination O-P_1-J sprechen; der eigentliche P_1 ist ja der Landtag.

Im bayr. Verwaltungsprozeß kann z. B. in Prozessen nach VGG. Art. 8, Ziff. 12, 24, 25, 30, 31, 38, dann Art. 10, Ziff. 12, 13, 17, 18 der Staat materiell aktiv beteiligt sein, formell tritt er aber als Partei nicht auf; daher fehlt das Bild O-P_1-J.

Wenn in Steuersachen ein dem Reich gehöriges industrielles Unternehmen — Reichswerke u. dgl. — den Rechtsweg bis zur obersten Instanz beschreitet, weil es z. B. unter Außerachtlassung der Vorschriften über die Steuerfreiheit staatlicher Betriebe — vgl. die Einzelgesetze! — besteuert worden war, dann ist der Reichsfinanzhof = O, der betreffende Betrieb = P_1 (Revisionskläger), und der Staatsanwalt beim Reichsfinanzhof — vgl. RAO. § 36 III = J.

2. Wenn die drei Rollen O-P_1-J allein am Verfahren beteiligt sind, muß J Beklagter sein, z. B. in ZPO. § 666, 684 III im Entmündigungsverfahren; hier einschlägig ist gerade dieses letzte Beispiel nicht, da dabei immer ein Privater Kläger sein muß; der Staat kann nicht im Eheprozeß gegen den Staatsanwalt klagen. Im Zivilprozeß ist also der Fall VI.2 nicht möglich.

Auch auf den sonstigen Gebieten suchen wir vergeblich nach seiner praktischen Verwirklichung. Indessen glaube ich eine einzige Zusammenstellung dieser Art in dem ganzen Gebiet des rechtlichen Verfahrens entdeckt zu haben: Wenn nach § 74, 82, 84 des preußischen Landesverwaltungsgesetzes der klagende staatliche Kommissar durchgedrungen ist, und die beklagte Behörde, etwa der Oberpräsident, legt Berufung ein, dann ist der Staat in drei Formen beteiligt, als beklagter Kommissar J, als berufsklägerische Behörde P_1 und als erkennende Oberinstanz O; die Schwierigkeit beruht hier nur darin, daß event. auch die klagende Behörde einen Kommissar bestellt und somit auf der Kläger- wie auf der Beklagtenseite eine von uns mit J bezeichnete Rolle auftreten würde. (Vgl. § 74 d. G.)

§ 9. Der Staat als O, P_2 und J (J_1).

Auch in diesem dem vorhergehenden vielfach entsprechenden Fall ist möglich, daß zu O, P_2 und J noch ein Prozeßsubjekt hinzutritt, oder daß die drei allein in das Verfahren eintreten.

1. Der erste Unterfall kann im Zivilprozeß, Strafprozeß und im gewöhnlichen Verwaltungsverfahren nicht vorkommen. Hingegen kann im bayr. Verwaltungsstreitverfahren der Fiskus Beklagter P_2 sein und ein Vertreter des öffentlichen Interesses (Staatsanwalt) J mitwirken; so nach Wassergesetz von 1907, Art. 211, Ziff. 5, in Verbindung mit Art. 209, bei Streitigkeiten über die Benützung des Wassers, über Bewässerungs- und Entwässerungsunternehmungen, bei Streitigkeiten über Uferschutz und Schutz gegen Überschwemmungen; ferner nach VGG. Art. 8, Ziff. 25, 29, 30 usw., wenn es sich um Gemeindezugehörigkeitsfragen bei Grundstücken des Staates handelt, oder wenn der Staat als Grundbesitzer zu Gemeindeumlagen oder anderen Gemeindelasten herangezogen werden soll; — in diesen Beispielen indessen nur in letzter Instanz, da nur vor dem Verwaltungsgerichtshof ein Staatsanwalt auftritt.

2. Im Verfahren vor dem bayr. Staatsgerichtshof bei Ministeranklagen ist der beklagte Minister nicht als Chef der Behörde, sondern als persönlich verantwortliche Privatperson beteiligt; daher war diese Möglichkeit schon oben, nicht hier darzustellen.

Für den bayr. Verwaltungsprozeß kann auf die oben genannten Beispiele (unter § 9, Ziff. 1) verwiesen werden, ferner auf Prozesse nach Art. 8, Ziff. 34 VGG. — Verbindlichkeit einer fiskalischen Unternehmung in bezug auf Herstellung und Unterhaltung von Wegen — oder Art. 10, Ziff. 13 und dem religionsgesellschaftlichen Steuergesetz, wenn streitig ist, ob das betreffende Unternehmen kirchensteuerpflichtig ist.

Ein Beispiel endlich aus dem Verwaltungsverfahren: Ein privater Waldbesitzer, der sich durch eine Verfügung der Polizeibehörde beschwert erachtet, erhebt hiegegen Beschwerde an die vorgesetzte Polizeistelle; in Forstpolizeisachen ist das Forstamt als J am Verfahren beteiligt, daher O-J-P_2, sofern man die Unterbehörde als Beklagte in der Oberinstanz ansehen kann; vgl. oben § 6 und das Schema in § 4 am Ende!

§ 10. Der Staat als O, P_1, P_2 und J (J_1).

Der achte und letzte Hauptfall unseres Schemas gehört zu den seltensten; er fehlt im Zivilprozeß, Strafprozeß, Verfassungsprozeß und im Verwaltungsverfahren. Auch im preußischen Verwaltungsprozeß kann der Staat nur in drei, nicht in vier Gestalten zugleich auftreten.

In § 6 wurde betont, daß die herrschende Lehre die Parteieigenschaft des Staates im bayr. Verwaltungsstreitverfahren leugnet; vgl. Dyroff a. a. O. S. 386! In den beiden Entscheidungen, in denen sich der Verwaltungsgerichtshof auf den entgegengesetzten Standpunkt stellte[41]), veranlaßte er dagegen die nachträgliche Aufstellung eines Vertreters der Staatsregierung; billigt man diesen Standpunkt, dann kann in Streitigkeiten nach Art. 8,

[41]) Vgl. Bd. 24, S. 320; Bd. 25, S. 170.

Ziff. 9[42]) der Staat Gericht, Kläger, Beklagter und Staatsanwalt sein. Im bayrischen Forstverfahren kann der Fiskus Gegner der Polizei sein, wenn die polizeiliche Verfügung des Bezirksamts von ihm angefochten wird; im Beschwerdeverfahren vor der Kreisregierung kann daneben das Forstamt (!) in der oben umschriebenen Weise beteiligt sein (über die Beklagtenrolle des Bezirksamts vgl. § 6 oben!). Endlich ist denkbar, daß in Kompetenzstreitigkeiten nach Art. 50 VGG. vor dem Kompetenzsenat der Staatsanwalt beim Verwaltungsgerichtshof im öffentlichen Interesse eingreift; wir haben hier die zwei streitenden Behörden P_1 und P_2, den Staatsanwalt J und den entscheidenden Senat O.

Die rechnerische Zusammenstellung aller fünf Formen O, J, J_1, P_1, P_2, die die Krönung unserer Zergliederung und Kategorisierung darstellen würde, — der Staat in 5 Formen — kann praktisch niemals vorkommen: Da zwei Vertreter des öffentlichen Interesses vorhanden sein müssen, kann nur das Forstverfahren in Betracht gezogen werden. Allein entweder handelt es sich hier um eine Forstpolizeisache, dann fehlt der zweite J; oder um eine Forststrafsache, dann fehlt P_1. Dieser letzte Fall ist also unmöglich.

§ 11. Zusammenstellung der Fälle, in denen am Verfahren verschiedene Staaten beteiligt sind.

In den bisher besprochenen 8 Fällen stand durchweg der Staat vor seiner eigenen Behörde, d. h. das gleiche Rechtssubjekt hatte die Entscheidungs- und Parteifunktion und daneben noch die Funktion, als Vertretung des öffentlichen Interesses am Verfahren teilzunehmen.

Die Zahl der Fälle könnte bedeutend vermehrt werden, wenn sich verschiedene Staaten in die drei Funktionen teilen, z. B. wenn ein Staat die Parteirolle, ein anderer die Rolle von O und J bekleidet. Auch die Aufgaben der Rechtsverwirklichung können in einem Bundesstaat zwischen Gesamtstaat und Gliedstaat verteilt werden; in Deutschland sind die Behörden zum Teil Behörden des Reichs, zum Teil Behörden des Landes. Das Land kann als Partei sowohl vor den Landesbehörden wie vor einer Reichsbehörde erscheinen, ebenso das Reich. Die entscheidende Behörde kann während des Verfahrens wechseln: in den Unterinstanzen erscheint das Land vor seiner eigenen Behörde, in der Oberinstanz vor einer Reichsbehörde, oder in der Unterinstanz das Reich vor einer Landesbehörde, in der Oberinstanz vor seiner eigenen. Auch beide Parteien können verschiedene Staaten sein und von der Behörde eines anderen Staates oder des Reiches Recht suchen, sei es, daß die Parteien dem gleichen Land oder verschiedenen Ländern angehören. Endlich können sich — privatrechtliche wie öffentliche — Konflikte zwischen Reich und Land ergeben.

Hieraus ergeben sich die auf der folgenden Seite schematisch dargestellten sieben Fälle. Die 1. und 2. Spalte bedeutet die Parteien, die 3. die Obrigkeit, vor der sich das Verfahren abspielt; R bedeutet Reich, L Land, ein Strich in einer Rubrik soll andeuten, daß diese Rolle ein nichtstaatliches Rechtssubjekt inne hat; wird L_1 und L_2 nicht unterschieden, so sind zwei Organe des gleichen Staates die Parteien; so im Fall III.

[42]) Wenn nämlich ein staatliches Unternehmen eine Überfahrtsgebühr erhebt. Nach Dyroff a. a. O. Art. 8, 19, Anm. 3 handelt es sich dabei nicht nur um Zahlungsverbindlichkeiten einzelner, sondern auch Feststellungsansprüche zwischen Gemeinde usw. und Staat, möglicherweise also zwischen Fiskus und Staatsbehörde.

	1. Partei	2. Partei	O.
I.	R		L
II.	L		R
III.	L	L	R
IV.	L_1	L_2	L
V.	L_1	L_2	R
VI.	L	R	L
VII.	L	R	R

Anmerkung: Die Kombination I. und II., IV. und V., VI. und VII. kann während eines durch mehrere Instanzen gehenden Prozesses wechseln. Die Vertretung des öffentlichen Interesses gehört regelmäßig demjenigen Staate an, vor dessen Obrigkeit verhandelt wird. Nach dem Gesichtspunkt des Vorhandenseins von J in den obigen Fällen kann man die Zahl der Möglichkeiten theoretisch verdoppeln, jedoch kommen die 14 Fälle nicht alle in der Praxis vor, z. B. nicht der Fall IIIa: L, L, R, J. Ebenso könnte man die letzten beiden Kategorien dadurch vermehren, daß man unterscheidet, ob das Reich bezw. das Land Kläger oder Beklagter ist.

Im folgenden sollen die 7 Fälle an einigen Beispielen aus verschiedenen Rechtsgebieten veranschaulicht werden.

I. Fall: R, —, L. 1. Das Reich kann zivilrechtliche Ansprüche (Vermögens- oder sonstige Ansprüche) gegen eine Privatperson erheben oder von ihr in Anspruch genommen werden. Das hierüber entscheidende Gericht gehört dem Lande an.

2. Das Reich kann durch das Finanzamt die öffentliche Klage gemäß RAO. § 426 ff., § 437 II erheben. Das Strafgericht, bei dem die Klage erhoben wird, ist ein Gericht des Landes. Übernimmt der Staatsanwalt bei diesem Gericht die Verfolgung (RAO. 437 III 4), so ist das Reich Nebenkläger; wir finden so den Fall Ia: **R, —, L, J.**

3. Nach der RVO. kann in Spezialfällen auch das Reich Versicherungsträger sein. (RVO. § 624, 625, 627, 957, 1119.) Das Reich kann hier Partei vor einer Landesbehörde sein, z. B. einem Versicherungsamt.

4. Das Reich kann als Aktiv- oder Passivbeteiligter im Verwaltungsverfahren vor einer Landesbehörde auftreten, z. B. eine bayr. Polizeibehörde erläßt gemäß Art. 78 Polizeistrafgesetzbuchs eine Anordnung, durch die sich der Reichswehrfiskus beschwert fühlt[43]). Nach Art. 14 I PolStrGB. kann der Betroffene Beschwerde zur vorgesetzten Behörde erheben; dadurch kommt gegebenenfalls das Reich als Beschwerdeführerin vor eine Landesbehörde.

[43]) Vgl. Weber, Gesetz und Verordnungssammlung VI, S. 195, sowie Schiedermaier, PoStGB., Art. 78, Anm. 2.

5. In preußischen Agrarprozessen kann das Reich als Grundeigentümer Partei vor einem Oberlandeskulturgericht sein; in letzter Instanz gehören dagegen Gericht und Partei dem Reiche an, da das Reichsgericht als Endinstanz preußisches Agrarspezialgericht ist.

6. Das Reich als Grundeigentümer in Bayern (z. B. bei den Reichswerken und deren Terrains) kann in den Streitigkeiten nach Art. 8, Ziff. 19, 24, 25, 30 usw. Kläger oder Beklagter vor dem bayr. Verwaltungsgerichtshof sein.

II. Fall: L, —, R. Diese Möglichkeit ist dann verwirklicht, wenn man oben bei I, 1. statt Reichsfiskus Landesfiskus setzt und den Streit vor dem Reichsgericht austragen läßt. Oder wenn im Falle I, 3. der Bundesstaat als Träger der Versicherung (RVO. § 624 ff., 957, 1119) vor einer Reichsbehörde (Reichsversicherungsamt oder besonderes Oberversicherungsamt des Reiches nach § 63 Ziff. 1, § 64) auftritt. Oder wenn in I, 5, der Landesfiskus vor dem Reichsgericht im preußischen Agrarverfahren beteiligt ist.

Nach dem bisherigen Unterstützungswohnsitzgesetz (§ 5) war es denkbar, daß ein kleines Land gleichzeitig Landarmenverband war; das Land konnte dann gemäß UWG. § 37 II § 41 Partei vor dem Bundesamt für das Heimatwesen sein. Anders jetzt nach Fürsorgepflichtverordnung § 4.

III. Fall: L, L, R. Ein zivil- oder strafprozessualer Fall dieser Art ist unmöglich. Dagegen entscheidet nach RV. Art. 19 der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, wenn innerhalb eines Landes ein Verfassungsstreit entsteht, zu dessen Erledigung kein Gericht des Landes eingerichtet ist. Beispiel: Streit der bayr. Staatsbürgerschaft mit dem bayr. Landtag anläßlich eines Volksbegehrens, oder zwischen Mehrheit und Minderheit des bayr. Landtags über die Einsetzung eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses. (Vgl. auch Art. 76 2 der alten Reichsverfassung!)

IV. Fall: L_1, L_2, L. 1. Zwei verschiedenen Ländern angehörende fisci streiten vor dem Zivilgericht eines Landes über ein bürgerliches Rechtsverhältnis.

2. Die Finanzverwaltung eines Landes erhebt öffentliche Strafklage gemäß StrPO. § 464 (§ 419) gegen den Fiskus eines anderen Landes wegen Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben; (Beispiel: Hinterziehung einer etwa geschuldeten Grundsteuer; praktisch kommt dies allerdings beim Fiskus kaum vor).

3. Der Fiskus A als Grundeigentümer im Lande B erachtet sich von den Anordnungen der Polizei belastet und erhebt Beschwerde; die Entscheidung kann durch eine Verwaltungsstelle oder durch ein Gericht erfolgen. Ob die Polizei hiebei als Beklagte angesehen werden darf, wurde oben erörtert.

V. Fall: L_1, L_2, R. 1. Der Fall IV. 1. spiele vor dem Reichsgericht!

2. Zwei Länder streiten vor dem Reichsstaatsgerichtshof (RV. Art. 19); über einen ähnlichen Fall vor dem Bundesrat vgl. alte Reichsverfassung Art. 76, Ziff. 1.

3. Zwei Länder, die beide Landarmenverbände waren, stritten vor dem Bundesamt für das Heimatwesen über die Übernahme eines Unterstützungsbedürftigen.

4. Streit über Vermögensauseinandersetzungsfragen im Falle der Vereinigung oder Abtrennung von Gebietsbestandteilen der Länder nach Art. 18 VII RV.

VI. Fall: L, R, L. 1. Prozeß über ein privatrechtliches Rechtsverhältnis vor dem Gericht eines Landes, bei dem Reichs- und Landesfiskus Gegner sind.

2. Streit über Ersatz- und Erstattungsansprüche der Versicherungsträger nach RVO. § 1773 vor einem Versicherungsamt des Landes, wenn Reich und Bundesstaat Versicherungsträger sind; siehe hierüber oben!

VII. Fall: L, R, R. 1. Man nehme an, das Verfahren im Fall IV. 1. finde vor dem Reichsgericht statt!

2. Streit über nicht vermögensrechtliche Angelegenheiten zwischen Reich und Land. RV. 19.

3. Entscheidung eines Konfliktes zwischen Reich und Land über den Umfang der staatlichen Eisenbahnhoheitsrechte nach RV. Art. 90. — Entscheidung über die Bedingungen der Übernahme der bayrischen und württembergischen Posten und Telegraphen, der Staatseisenbahnen, Wasserstraßen und Seezeichen nach Art. 170, 171 RV.

4. Nach Art. 13 II RV. entscheidet das Reichsgericht über die Vereinbarkeit einer landesrechtlichen Vorschrift mit dem Reichsrecht; die Entscheidung kann sowohl vom Reich wie vom Land veranlaßt werden.

5. Ähnlich ist es nach RV. Art. 15 III bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Reich und Land über Mängel bei Ausführung der Reichsgesetze.

6. Nach dem Landessteuergesetz vom 13. März 1920 (Finanzausgleichgesetz § 6) kann das Reich gegen eine Vorschrift eines Landes unter Umständen Widerspruch erheben; die Austragung des Konflikts erfolgt vor dem Reichsfinanzhof oder Reichsrat. P_1 ist entweder der Reichsfinanzminister oder die Landesregierung. Nach § 6 dieses Gesetzes entscheidet der Reichsfinanzhof darüber, ob eine landesgesetzliche Steuervorschrift mit dem Reichsrecht vereinbar sei.

Auch in diesen Fällen finden wir Reich und Land vor einer entscheidenden Behörde des Reiches[44]).

§ 12. Die Sonderbehandlung des Staates im rechtlichen Verfahren.

Nachdem wir nunmehr eine größere Zahl von Fällen aus dem gesamten Rechtsgebiet betrachtet haben, vergegenwärtigen wir uns den Zweck der Zusammenstellung. Das Ziel ist Erkenntnis und Erklärung dafür, daß in einem rechtlichen Verfahren der Staat in mannigfachen Gestalten und Formen auftritt; das Material für die Untersuchung liefert das positive Recht, durchforscht nach dem Gesichtspunkt der Teilung des Staates in eine Mehrheit von Rollen. Als Abschluß des sog. positivrechtlichen Teiles soll ein Überblick über die Sonderbehandlung des Staates — verglichen mit anderen Prozeßsubjekten — gegeben werden. Der Staat als O kann allerdings mit nichtstaatlichen Subjekten in gleicher Rolle nicht verglichen werden; andere Per- Personen bekleiden solche Rollen fast nie (vgl. Anm. 44). Auch J ist immer Staatsorgan. Dagegen kann beim Staat als gewöhnlicher Partei immer die

[44]) Anmerkung: Von zurücktretender Bedeutung für unsere Arbeit sind jene Fälle, in denen zwei Staaten Gegner in einem Verfahren vor einem völkerrechtlichen Gericht, internationalen Schiedsgericht usw. sind; ebenso, wenn der Staat Partei vor einem nichtstaatlichen Gericht ist (Gewerbegericht, Kaufmannsgericht; ob diese beiden Gemeindegerichte oder Staatsgerichte sind, ist übrigens bestritten; für Gemeindegerichte offenbar Nawiasky, BayrVerfRecht S. 466; ferner Innungsschiedsgerichte usw.).

Frage aufgeworfen werden: „Hat der Staat hier gegenüber anderen Parteien Privilegien oder ist er Belastungen unterworfen?"

Der Staat als Partei wird nicht nach einem gleichheitlichen Maßstab behandelt; bald ist das Maß der Sonderbestimmungen größer, bald geringer. In der Literatur finden sich verschiedene Einteilungsmomente.

1. Zuweilen unterscheidet man nach den einzelnen Rechtsgebieten und behauptet, der Staat werde anders behandelt, wenn er dem Privatrecht, anders wenn er dem öffentlichen Rechte unterstehe; im ersten Fall gleiche seine Stellung mehr der eines Privatrechtssubjekts. Diese Unterscheidung ist zunächst nicht scharf: mitunter finden sich verschiedene Typen im gleichen, gleiche in verschiedenen Rechtszweigen. Sodann ist sie aber für unser prozessuales Thema unbrauchbar, da hier der Staat immer öffentlichem Recht unterliegt; alles Verfahrensrecht ist öffentliches Recht.

Geläufig ist folgende Unterscheidung[45]): Wenn es sich um Rechtsverhältnisse von öffentlichem Interesse handelt, wird der Staat grundsätzlich bevorzugt; handelt es sich um „private Interessen", dann wird er ebenso behandelt wie ein Privater. Öffentliches Interesse bedeutet ein „Beteiligtsein einer Vielheit"[46]), im Gegensatz zum fiskalischen Interesse, d. h. Beteiligtsein des Staates als Einzelperson. Demgegenüber ist zu bemerken, daß einerseits der Begriff des Interesses zu schwammig ist, als daß man mit ihm hier zu einer klaren Kategorisierung gelangen könnte, sowie anderseits, daß der Staat wohl kaum jemals nur sein eigenes Interesse vertritt ohne auf das Allgemeininteresse Rücksicht zu nehmen und umgekehrt[47]).

Aufgegeben ist in der gegenwärtigen Literatur die Unterscheidung: Gleichbehandlung in Vermögensangelegenheiten, ungleiche Behandlung in reinen obrigkeitlichen Angelegenheiten.

Ebensowenig läßt sich für unser Gebiet die auf Jellinek[48]) zurückgehende Gegenüberstellung „obrigkeitliche Staatstätigkeit" — „soziale Staatstätigkeit" verwenden[49]).

2. Für die folgende Betrachtung wurde die nachstehende Unterscheidung gewählt:

a) Der Staat wird prozessual grundsätzlich ebenso behandelt wie ein sonstiges Rechtssubjekt, wenn dem Verfahren als Streitgegenstand ein Rechtsverhältnis zugrunde liegt, das seiner Natur nach auch zwischen anderen Rechtssubjekten bestehen kann. Dabei kann es sich

α) um ein zivilrechtliches,

β) um ein öffentlich-rechtliches Verhältnis handeln. Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist im Falle α) schärfer ausgeprägt; die Privilegien sind hier geringer.

b) Ist Verfahrensgegenstand ein nicht unter a fallendes Rechtsverhältnis, so besteht naturgemäß der Grundsatz der Gleichbehandlung nicht.

---

[45]) Vgl. Neumann, in Annalen 1886, S. 407.
[46]) Wort von Neumann a. a. O.
[47]) Vgl. hierzu Laband, Staatrecht I, S. 396; ferner Rehm, Annalen 1885, S. 89: Gegensatz vom „Nutzen des einzelnen" und „Nutzen des Staates".
[48]) Recht des modernen Staates, S. 606.
[49]) Vgl. Popitz, Kommentar zum Umsatzsteuergesetz S. 181.

α) Dem Verfahren liegt ein zivilrechtliches Rechtsverhältnis zugrunde.

1. Den hier maßgebenden Grundsatz spricht § 4 EG. z. ZPO. aus: „Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, für welche nach dem Gegenstand oder der Art des Anspruchs der Rechtsweg zulässig ist, darf aus dem Grunde, weil als Partei der Fiskus ... beteiligt ist, der Rechtsweg durch die Landesgesetzgebung nicht ausgeschlossen werden.“ Ebenso in Anlehnung an die alte bayerische Verfassung Titel VIII, § 5, die Verfassungsurkunde § 69 V: „Der Staat nimmt in Sachen des bürgerlichen Rechts vor den ordentlichen Gerichten Recht.“

Dieses Prinzip erleidet einige Ausnahmen[50]).

a) Nach Art. 2 des bayr. AG. z. ZPO. wird der Rechtsweg zwar nicht ausgeschlossen, aber insoferne beschränkt, als Ansprüche gegen den Fiskus erst dann gerichtlich verfolgt werden können, wenn der Beteiligte sich an die zunächst zuständige höhere Verwaltungsstelle um Abhilfe gewendet und entweder eine abschlägige oder innerhalb 6 Wochen keine Antwort erhalten hat.

b) Nach EG. z. ZPO. § 15 bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, soweit sie Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gegen den Fiskus betreffen — abgesehen von der Verfolgung dinglicher Rechte. Von dieser Ermächtigung machte das bayr. AG. z. ZPO. Art. 9 Gebrauch: „Die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gegen den kgl. Fiskus findet ohne Einmischung der Gerichte auf dem Verwaltungswege unter Verantwortlichkeit der zuständigen Verwaltungsbehörden und Minister statt.“

c) Beim Staat (Fiskus), dann bei Gemeinden u. dgl. findet ein Konkurs nicht statt. Vergleiche BGB. § 89 II, bayr. AG. z. BGB. Art. 166 II, bayr. AG. z. ZPO. Art. 10!

d) Nach § 98 Gerichtskostengesetz vom 18. Juni 1878 (26. Mai 1898) sind „von der Zahlung von Gebühren befreit das Reich in dem Verfahren vor den Landgerichten, das Land in dem Verfahren vor dem Reichsgericht.“

e) Von den im bürgerlichen Recht sich findenden Privilegien des Staates als Privatrechtssubjekt wirken manche auch auf das Verfahrensrecht ein, besonders weil der Staat in den entsprechenden Prozessen mitunter nicht Kläger oder Beklagter sein kann. Solche Beschränkungen ergeben sich z. B. aus Versicherungsvertragsgesetz § 167 (der Staat hat kein Lebensversicherungsbezugrecht), BGB. § 1942 II (er hat kein Erbschaftsausschlagungsrecht), BGB. § 2011 (dem Fiskus darf keine Inventarfrist bestimmt werden; daher kann er auch nicht das Recht verlieren seine Haftung im Prozeß einredeweise auf den Nachlaß zu beschränken; BGB. § 1994 I 2). Ferner GO. § 90 in Verbindung mit Art. 2 des bayr. Gesetzes vom 18. Juni 1898 betreffend ... die Anlegung des Grundbuchs, und die Allerhöchste Verordnung vom 1. Juli 1898 (GVBl. S. 377) § 1 I. Auch die materiellrechtliche Bestimmung der KO. Art. 49 I, 61 (Vorzugsrecht der Reichs- und Staatskassen) wirkt auf das formelle Konkursrecht ein.

In geringerem Zusammenhang mit dem Verfahrensrecht stehen die Sonderbestimmungen nach BGB. § 795 IV; §§ 978—983; HGB. § 36, 42, 452, 454, 663; Urheberrechtsgesetz an Werken der Literatur und Tonkunst (vom 19. Juni 1901) § 8 II, und der bildenden Künste (vom 9. Januar 1907), § 10 II; diese und ähnliche Fälle bleiben für unsere Arbeit außer Betracht.

---

[50]) Vgl. über privatrechtliche Privilegien: R. Weyl, Der Fiskus im gegenwärtigen deutschen Privatrecht, Festgabe für Hänel, Kiel 1907, S. 91.

β) Dem Verfahren liegt ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis zugrunde.

Von den hier einschlagenden Sonderbestimmungen zugunsten des Staates sind folgende hervorzuheben:

1. Erwerbsunternehmungen des Staates können mit Polizeigewalt ausgestattet sein. Zuweilen hat dabei das betreffende Unternehmen die Befugnis, über die eigenen, d. h. staatlichen Ansprüche und Verbindlichkeiten öffentlichrechtlicher Art eine Entscheidung zu fällen. Der Verfahrensleiter (z. B. die Eisenbahn in verkehrspolizeilichen Angelegenheiten) ist gleichzeitig Subjekt des materiellen Rechts.

Über die Verleihung des Enteignungsrechts an Erwerbsunternehmungen siehe O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II, S. 12.

2. Im Verwaltungsprozeßverfahren wird der Staat als Partei in den einzelnen deutschen Ländern verschieden behandelt; man kann einen preußischen und einen bayrischen Typus unterscheiden.

a) Der preußische Verwaltungsprozeß ist charakterisiert durch eine weitgehende Übertragung der zivilprozessualen Grundsätze auf die Verwaltung. Kennzeichnend ist insbesondere die Bezeichnung „Partei" für den Staat, sowie das Fehlen von Sondernormen für den Staat, woraus die prinzipielle Gleichbehandlung geschlossen werden muß[51]).

Die Behörde kann wie jede andere Partei Rechtsmittel einlegen, auf die mündliche Verhandlung verzichten, in die Kosten verurteilt werden usw. Anderseits bestehen aber auch nach preußischem Rechte einige Privilegien und Sonderbelastungen für den Staat[52]).

Wie in Preußen ist es in einigen anderen norddeutschen Kleinstaaten und in Baden; andere Länder, z. B. Sachsen, Württemberg, nähern sich in manchen Punkten dem preußischen Typus, ohne dessen Nachahmung des Zivilprozeßrechts in allem mitzumachen.

b) Den entgegengesetzten Standpunkt nimmt das bayr. Verwaltungsgerichtsgesetz vom 8. Aug. 1878 ein; (siehe oben!). „Im wesentlichen Unterschied gegenüber dem preußischen und badischen Recht"[53]) sind nach bayrischem Recht Behörden des Staates nicht parteifähig.[54]) Der Staat als Staatsgewalt ist einer privaten Partei nicht grundsätzlich gleichgestellt, sondern unterliegt prinzipiell anderen Bestimmungen.

Beim bayrischen Typus endigt die Vergleichungsmöglichkeit des Staates mit anderen Parteien eines rechtlichen Verfahrens; der Staat ist nicht mehr Prozeßpartei — es sei denn als Fiskus; in dieser letzteren Form besteht das

---

[51]) Vgl. hierzu Landesverwaltungsgesetz § 74; Zuständigkeitsgesetz §§ 114, 119, 120, 126, 142; preuß. AG. zum HGB. Art. 4; dann aus der Rechtsprechung Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 13, S. 33; Bd. 19, S. 117; Bd. 32, S. 148; Bd. 50, S. 223. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 8, S. 227; Bd. 15, S. 145; Bd. 23, S. 265. Juristische Wochenschrift 1908, S. 44 (Nr. 26); ferner Preußische Verwaltungsblätter Bd. 2, S. 341; Bd. 8, S. 36. Aus der Literatur sei vor allem hingewiesen auf Schultzenstein in vielen Aufsätzen im Verwaltungsarchiv, bes. ausführlich Bd. 12, S. 170. Zu vgl. ist auch LandesverwGes. § 11, § 126.

[52]) So nach LVerwG. § 61, § 63, § 79; vgl. Kommentar von Friedrichs zum LVerwG. S. 106 unten. Aus der Rechtsprechung OVerwG. Bd. 9, S. 45; Bd. 31, S. 329; Bd. 45, S. 134; aus der Literatur Kunze, Verwaltungsstreitverfahren, S. 44. Für die ganze Frage 2a ist einschlägig: Popitz, Der Parteibegriff im preußischen Verwaltungsstreitverfahren, 1907.

[53]) Dyroff a. a. O. S. 540; vgl. auch S. 259, sowie oben Anm. 23.

[54]) Das hat auch praktische Folgen; so muß unter Umständen die gewinnende Partei die Kosten tragen; vgl. Dyroff a. a. O. S. 589.

Prinzip der Gleichstellung, auch wenn dem Verfahren ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis als Streitgegenstand zugrundeliegt.

3. Auf die Privilegien des Staates als J gegenüber einem Privaten in ähnlicher Stellung braucht nur kurz hingewiesen werden. Welche Fülle von Vorzügen besitzt der Staatsanwalt gegenüber dem Privatkläger! Dem Staatsanwalt stehen die Organe des Polizei- und Sicherheitsdienstes zur Verfügung; ihm steht grundsätzlich die Strafvollstreckung zu (Beschränkung nur nach Maßgabe von § 451, Abs. III StrPO.); er hat die ganze Strafvollstreckung; er nimmt bei Gefahr im Verzug Beschlagnahmungen und Durchsuchungen vor, nimmt vorläufig fest, erläßt Vorführungsbefehle und Steckbriefe, verlangt von allen Behörden Auskunft usw.

4. Auch im öffentlichen Recht wirken materiellrechtliche Ausnahmebestimmungen zum Teil auf die Stellung des Staates im Verfahren ein; vgl. die zahlreichen Steuerprivilegien! Anderseits steht naturgemäß der schon wiederholt betonte Grundsatz der Gleichbehandlung des Staates im Verfahren in Zusammenhang mit der prinzipiellen Gleichbehandlung im materiellen öffentlichen Recht. So unterliegt der Staat, etwa als Heeresverwaltung oder Forstverwaltung den sicherheitspolizeilichen Vorschriften der zuständigen Polizeibehörde — vgl. z. B. bayr. PoStrGB. Art. 78 und Anmerk. 2 des Kommentars von Schiedermaier — usw. Darauf ist programmäßig nicht weiter einzugehen.

Wenn der Staat in ein Rechtsverhältnis eintritt, das seiner Natur nach zwischen anderen Rechtssubjekten nicht bestehen kann, so fällt in dem Falle, daß dieses Rechtsverhältnis den Gegenstand des Verfahrens bildet, die Möglichkeit weg, den Staat mit der Stellung anderer Rechtssubjekte zu vergleichen.

Zweiter Teil.

§ 13. Die Aufgabe der konstruktiven Untersuchung.

Der Versuch, die im ersten Teil analytisch dargestellten Erscheinungen synthetisch zu ordnen und zu verwerten, führt zu einer Reihe von Problemen der rechtstheoretischen Konstruktion.

Der Ausgangspunkt wird eine Prüfung des Verhältnisses zwischen Gericht und Untertan sein; es muß die Frage aufgeworfen werden: Worin besteht das Wesen des Spruchs einer erkennenden Behörde in einem rechtlichen Verfahren? Die Entscheidung hierüber ermöglicht uns die Beantwortung der weiteren Frage: Wie kann eine Feststellung von Rechtsverhältnissen des Staates durch den Staat selbst, also eine Entscheidung über eigene Rechte und Pflichten, erklärt werden? Sodann soll untersucht werden, ob der angeblich „übergeordnete" Staat als Partei dem Gegner „gleichgeordnet" und sich selbst als Gericht „unterworfen" sein kann. Die dritte Aufgabe wird die Prüfung des Zusammenwirkens von Partei und Gericht sein; das führt uns zum Problem der Rechtspersönlichkeit der Organe und zur Frage der Anwendungsmöglichkeit der in der Literatur hierüber gewonnenen Ergebnisse auf die Erscheinungen des rechtlichen Verfahrens. Endlich soll die Doppelrolle des Staates als Gericht und als „Vertreter des öffentlichen Interesses" zu erklären versucht werden.

Eine rechtliche Konstruktion dient nicht unmittelbar dem praktischen Rechtsleben, sondern hat in erster Linie Bedeutung für die Systematik. Eine

systematische Begriffsbildung ist nicht ein Bedürfnis des praktischen Alltags, sondern ein logisch-wissenschaftliches Bedürfnis. Die Konstruktion dient der Erkenntnis. Aber wie mittelbar jede neue theoretische Erkenntnis — auf welchem Gebiete der Wissenschaft es sei — einwirkt auf die Praxis, so beeinflußt auch eine systematische Rechtskonstruktion die Rechtsanwendung und die Rechtssetzung. Wer mit Konstruktionen arbeitet, gibt implizite zu, daß die Begriffe nicht apriorisch sind. Eine Tatsache, hier auch eine durch das positive Recht geschaffene Erscheinung, läßt sich auf verschiedene Weise konstruieren. Die Konstruktion kann gut oder schlecht sein. Wenn aber Konstruktionen unklar oder schief sind, kommt auch in die Praxis Verwirrung.

Auf diese Zusammenhänge soll kurz hingedeutet werden, wenn wir uns in den folgenden Kapiteln in reiner Theorie bewegen.

§ 14. Der Staat als erkennende Behörde.

A. Der Zweck eines rechtlichen Verfahrens besteht in der Rechtsverwirklichung; als Abschluß wird durch die erkennende Obrigkeit ein staatlicher Akt gesetzt, der für den Untertanen rechtens ist. Auch durch die gesetzgebende Funktion des Staates wird recht gesetzt. Daher erhebt sich die Frage: Ist Rechtsprechung ihrem Wesen nach Gesetzgebung?

In der Tat wird diese Anschauung vertreten. Bülow[1]) spricht von einer „freien Rechtsproduktion" des Richters, von einer „konkreten Rechtsnorm", die eine Ergänzung des abstrakten objektiven Rechts darstelle. Schultze[2]) vertritt sie wenigstens für den germanischen und mittelalterlichen Prozeß. Das Reichsgericht nennt in höchst eigenartiger Weise das Urteil (in Zivilsachen) eine „Schaffung" von „formellem Recht"[3]); noch deutlicher wird seine Anschauung, wenn es den Patenterteilungsakt, der doch ein rechtsentscheidender Verwaltungsakt des Patentamts ist, als Spezialgesetz bezeichnet[4]). Auch Autoren, die im allgemeinen die staatliche Entscheidung in richtiger Weise als Rechtsverwirklichung bezeichnen, sehen in manchen Akten des Gerichts eine „Rechtsverschiebung" und stellen diese als eine Rechtsschaffung der Rechtsverwirklichung gegenüber[5]). In Wahrheit ist aber auch die Rechtsverschiebung nichts anderes als eine Rechtsverwirklichung, ebenso wie die freie Gestaltung innerhalb des Ermessensspielraumes nicht Rechtsschaffung, sondern Rechtsanwendung ist, sei es im Gerichts- oder im Verwaltungsverfahren[6]).

---

[1]) Archiv für zivil. Praxis Bd. 62, S. 94.

[2]) Sch., Privatrecht und Prozeß 1883, S. 112: „Das mittelalterliche Urteil ist der Zeugungsgrund des Rechts". „Recht wird nur durch Gerichtsurteil". S. 119: Früher sei das Gerichtsverfahren „ein Verfahren der Rechtsproduktion" gewesen, heute sei es „ein Verfahren der Rechtsanwendung" usw. Das Entwicklungsgeschichtliche daran interessiert hier nicht; bemerkenswert ist nur die Tatsache, daß ein Ergebnis der Rechtsfindung als Rechtsnorm bezeichnet wird.

[3]) Entsch. in Zivils. Bd. 7, S. 253; . . . . . . „namentlich wenn in Betracht kommt, daß der Richter durch sein Urteil formelles Recht für den Einzelfall schafft".

[4]) Vgl. Urteil vom 9. Februar 1910, I. Zivilsenat, Rep. I, 423/09.

[5]) So Kohler, Rechtsphilosophie, S. 295: „Der Staat gibt dem Richter einen Schlüssel des Rechts. Dieser kann das Recht binden und lösen. Mag die Entscheidung richtig sein oder nicht: Im einen Fall ist sie Rechtsverwirklichung, im anderen Fall Rechtsverschiebung".

[6]) Rottmann in Bayr. Gemeinde- und Verwaltungszeitung, 32. Heft, S. 686: „Die Verwaltungsbehörde untersteht der Wirkung der Rechtsnorm, an die sie gebunden ist, auch dann, wenn sie nur nach freiem Ermessen entscheidet. Denn auch hier handelt sie nicht nach freiem Belieben, sondern in Erfüllung der Pflichten, die ihr verfassungsmäßig zugewiesen sind und die ihrem Willen die Richtung ihres Handelns weisen".

Wach[7]) zählt eine Reihe von Unterschieden zwischen der sog. „Rechtsschaffung" des Richters und der des Gesetzgebers auf, z. B. weist er darauf hin, daß beim Richter schon vorher Recht vorhanden sei, beim Gesetzgeber dagegen nicht. Dann daß das vom Gesetzgeber gesetzte Recht allseitig bindend ist, das vom Richter „geschaffene" lediglich unter den beteiligten Parteien. Die gesetzesähnlichen Wirkungen, etwa die bindende Kraft, käme nicht nur dem Erkenntnisspruch, sondern auch dem bindenden Befehl des Vorgesetzten zu, den man indessen nicht als lex specialis bezeichne[8]).

Auch von theoretischen Erwägungen ausgehend kommt man zu dem Ergebnis von Wach. Die staatlichen Funktionen sind scharf zu scheiden in normgebende und in normvollziehende Tätigkeit. Normgebung ist Gesetzgebung. Normvollziehung ist Rechtsanwendung. Normgebung ist ungebunden, Normvollziehung gebunden[9]). Rechtsprechung ist Normvollziehung. Durch ein rechtliches Verfahren soll nicht objektives Recht geschaffen, sondern das vorhandene Recht angewendet werden. Der Zweck des Prozesses ist Ordnung des Rechtsschutzes. Rechtsschutz kann nicht Rechtsschöpfung sein. Ist aber Rechtsprechung Normvollziehung, so kann sie nicht gleichzeitig das kontradiktorische Gegenteil Normgebung sein. Allerdings ist der Inhalt der Vollziehung die Festsetzung dessen, was für den Untertan rechtens ist; aber der Inhalt dieses Akts kann uns kein juristisches Kriterium für das Wesen der Urteilsfindung liefern. Die Argumente, die von Wach oder sonst in der prozessualistischen Literatur für die Unterscheidung gegeben werden, laufen entweder auf das Gleiche hinaus wie der oben formulierte logische Gegensatz, oder sie fügen kein wesentliches Unterscheidungsmerkmal hinzu.

Wenn man in der hier vertretenen Weise einerseits Normgebung, andererseits Normvollziehung trennt und die Rechtspflege der zweiten Kategorie unterordnet, so müßte man das weite Gebiet der Vollziehung untergliedern; für unsere Untersuchung ist hievon indessen lediglich die Feststellung bedeutsam, daß auch jene Tätigkeit, die von Verwaltungsbehörden vorgenommen wird, in weitem Umfang zur Rechtspflege zu rechnen ist[10]). Nach Otto Mayer[11]) ist der Verwaltungsakt „ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Untertanen im Einzelfall bestimmt, was für ihn rechtens sein soll". Fast ebenso definiert er das Urteil, das nach ihm das Vorbild für den Verwaltungsakt ist. Sowohl das Prozeßurteil wie der Verwaltungsakt können Rechtspflegeakte sein.

Demnach haben die erkennenden Behörden in weiterem Sinn die Stellung eines das objektive Recht vollziehenden, das Recht für den Untertanen bindend aussprechenden Staatsorgans.

Neuerdings dehnt den Begriff der Rechtsnorm ins Unermeßliche aus: Merkl in seiner „Lehre von der Rechtskraft"[12]). Da er die Rechtskraft als Eigenschaft von Rechtlichem unterschiedslos allen Rechtsnormen zuspricht, so ist er gezwungen den Umfang der als Rechtsnormen zu qualifizierenden Be-

---

[7]) Zivilprozeßrecht in Bindings Handbuch, Bd. 1, S. 6.

[8]) A. a. O.: „Die richterliche Tätigkeit ist also die . . . . eines Interpreten in Verbindung mit konkreter Subsumtion, Schlußfolgerung und arbitrierenden Feststellung, aber nie die des Gesetzgebers. Das Gesetz ist der ihn beherrschende, nicht von ihm beherrschte Wille" usw.

[9]) Vgl. Nawiasky, Bayr. Verfassungsrecht, S. 332, S. 330.

[10]) Vgl. oben I. Abschnitt, sowie das Beispiel der Patenterteilung in § 15 A.

[11]) Verwaltungsrecht I, S. 95.

[12]) A. a. O insbes. S. 201, 208, 209, 211.

standteile des Rechtssystems zu umgrenzen. Dabei erscheint ihm das Gesetz „nur als eine unter einer Vielzahl verschieden gestalteter Rechtserscheinungen, als ein „Stockwerk“ in einem „weitläufigen Gebäude“, neben dem untergesetzliche Akte ebenfalls mit Rechtsqualität ausgestattet seien. Das Recht sei eine Summe nicht bloß materiell, sondern auch formell differenzierter Rechtssätze, es weise eine Mehrzahl von Formen auf. Insbesondere scheidet er die Formen generellen und individuellen Rechts, z. B. einerseits Gesetz und Gewohnheit, anderseits Gerichts- und Verwaltungsakte. Für unsere Erörterung ist folgender Satz von ihm von Interesse: „Als weitere generelle Form von Recht in Unterordnung zum Gesetz tritt die Verordnung auf .... Die individuelle Rechtserscheinung sondert sich wiederum, vor allem in sog. Privatrechtsgeschäfte“... und in Justiz- und Verwaltungsakte. So kommt Merkl zu einer umfassenden Rechtshierachie (Stufentheorie), die von der Ursprungsnorm über Gesetz und Verordnung zum privaten und öffentlichen Rechtsgeschäft reicht. Und all diesen Erscheinungsformen spricht er Normcharakter zu! Damit entfällt selbstverständlich der Unterschied von Normgebung und Normvollziehung.

Merkl, dem jüngst auch Kelsen auf die unrichtige Bahn gefolgt ist, kann mich von der oben getroffenen Unterscheidung nicht abbringen. Eine Kritik seines Systems, die natürlich weit über den Rahmen dieser Arbeit hinausfallen würde, müßte meiner Ansicht nach ausgehen von dem Begriff „Rechtsnorm“, den Merkl in einem irreführenden Sinn gebraucht; dabei würde sich zeigen, daß den untergesetzlichen Akten in Wahrheit die Wesensmerkmale einer Rechtsnorm fehlt.

B. Die Rechtspflege findet durch staatliche Behörden statt. In der Rechtsprechung offenbart sich eine Macht des Staates, die man gewöhnlich Gerichtsbarkeit — in diesem Sinne — nennt[13]). Die dem Staate von der Rechtsordnung beigelegte Entscheidungsbefugnis erklärt sich aus der Idee der Rechtsschutzaufgabe des Staates.

An der Rechtspflegeaufgabe zeigt sich besonders klar die Doppelrolle des Staates als Schöpfer und als Vollzieher der Rechtsordnung. Im einen Fall steht er über der Rechtsordnung, im andern Fall unter ihr[14]). Auch der Untertan steht unter der Rechtsordnung, ist also insoferne dem Staate gleichgeordnet. Aber das Gericht vollzieht die Norm, der Untertan befolgt[15]) sie.

---

[13]) Schultze a. a. O. S. 55: „Die Realisierung des Rechtsgesetzes, der Rechtsordnung überhaupt . . . ist die wesentliche Aufgabe des Staates“ es ist „das Monopol des Staates“; ebenso Weismann, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 1903, S. 11: „Die Wirksamkeit des Urteils . . . . beruht im letzten Ende auf der rechtlich geregelten Macht des Staates. Sie gründet sich darauf, daß innerhalb der von ihm selbst gesetzten Schranken . . . der Staat die Macht hat, mit bindender Kraft zu entscheiden“. Ullmann, Lehrbuch des Strafprozeßrechts, S. 206: „Die Verfolgung strafbarer Handlungen ist Recht und Pflicht des Staates“. Sie hängt im allgemeinen zusammen „mit den Vorstellungen von den Aufgaben des Staates gegenüber Angriffen auf die Rechtsordnung“.

[14]) Vgl. v. Beling, Revolution und Recht, S. 27. Mittermaier, Stellung der Staatsanwaltschaft, S. 17.

[15]) Zu dieser Scheidung ist zu vergleichen: Somló, Jurist. Grundlehre, S. 503, Anm. „Unterscheiden wir derart die grammatische äußere Hülle und ihren Normkern, so verliert auch die Unterscheidung zwischen «Befolgen» und «Anwenden» eines Rechtssatzes die besondere Wichtigkeit, die man ihr irrtümlich beigelegt hat. Solange man an der äußeren grammatischen Form eines Rechtssatzes haften bleibt, kann man dieser Unterscheidung eines «Befolgens» und eines «Anwendens» dieses selbigen Rechtsatzes irgendwelchen Geschmack abgewinnen und sagen: Der Richter hat . . . das Gesetz . . nicht zu befolgen, sondern anzuwenden“. Nach Herausschälung der Rechtssätze aus der äußeren Hülle . . . sei das ganze Problem behoben und der Gegensatz von Befolgen und anwenden ver-

Im einzelnen Fall handelt es sich um Anwendung, Fortführung, Vollendung durch dasselbe Rechtssubjekt, von dem die Norm ausgeht, im anderen um Anwendung durch ein anderes Rechtssubjekt[16]).

In der Rechtspflege entscheidet der Staat — da jedes subjektive Recht auf einem Rechtssatz beruht — über Rechte, die er selbst begründet hat. Daraus ergeben sich zwei Phasen der Entwicklung: In der ersten schafft der Staat durch die auf seinem Willen beruhende Rechtsordnung die Untertanenrechte. In der zweiten verwirklicht er sie durch Normanwendung. Beide Tätigkeiten werden von verschiedenen Organen vorgenommen, aber demselben Rechtssubjekt Staat zugerechnet.

Der Staat als erkennende Behörde entscheidet über Rechtsverhältnisse der Untertanen, die er selbst geschaffen hat. Die Vermutung liegt nahe, daß die Konstruktion des Verfahrens, in dem der Staat über Untertanenrechtsverhältnisse entscheidet, davon bedingt sei, ob man das Rechtsverhältnis als ein Verhältnis zwischen zwei Subjekten oder als ein Verhältnis zur Rechtsordnung auffaßt.

Die zweite Auffassung wird besonders von Kelsen[17]) vertreten. „Rechtsverhältnis ist nicht ein Verhältnis zwischen zwei Subjekten, sondern lediglich das Verhältnis zur Rechtsordnung. Rechtsverhältnis ist entweder subjektives Recht oder subjektive Pflicht und als solches Relation des Subjektes zum Rechtssatz."

Die erste Anschauung ist sicher insoweit unrichtig, als sie das Rechtsverhältnis als ein rechtlich geregeltes, also auch ohne Rechtsordnung als „natürliches" „ungeregeltes" vorhandenes Verhältnis auffaßt. Durch diese Formulierung könnte der Eindruck entstehen, als ob vor und außerhalb der Rechtsordnung eine Beziehung irgendwelcher Art zwischen Subjekten (?) bestehe, die erst durch die Rechtsordnung zu einem rechtlichen Verhältnis erhoben werde. In Wahrheit ist ohne Rechtsordnung kein Rechtssubjekt und kein Rechtsverhältnis zwischen Rechtssubjekten vorhanden. Die Rechtsordnung schafft die Rechtssubjektivität und damit die Voraussetzung jeglicher Beziehungen zwischen Subjekten. Richtiger wäre daher die Formulierung: Rechtsverhältnis ist ein von der Rechtsordnung zwischen zwei Subjekten geschaffenes Verhältnis gegenseitiger Rechte und Pflichten.

Schließt man sich dagegen der Kelsenschen Auffassung an, so gelangt man zu folgender Gedankenreihe: Die Verpflichtung des einzelnen besteht gegenüber der Rechtsordnung und sie kommt dem „Gläubiger" zugute. Der Gläubiger ist nicht dem Schuldner gegenüber berechtigt, sondern im Verhältnis zur Rechtsordnung. Im Rechtsverhältnis des Schuldners zur Rechtsordnung ist er der Begünstigte. Im Prozeß über dieses Rechtsverhältnis hat er eine Prozeßrolle. Im Falle des Bestehens der Verpflichtung wird ihm der Klagegegenstand zugesprochen.

Indessen kann man nach meiner Ansicht, auch wenn man sich des wahren Verhältnisses bewußt bleibt, dem gewöhnlichen Sprachgebrauch folgend, unbedenklich von einem Rechtsverhältnis „zwischen Subjekten" sprechen. Sicher-

---

schwunden. Die hier bekämpfte Theorie deckt sich indessen nicht mit der im Texte aufgestellten Unterscheidung. Doch taucht speziell dieses Problem an einer anderen Stelle der Arbeit (S. 172/174) nochmals auf. Vgl. auch Binding, Normen I S. 15; 3—7; Binder, Rechtsnorm und Rechtspflicht, S. 21; S. 33.

[16]) Nawiasky, Bundesstaat als Rechtsbegriff, S. 18 ff. Nawiasky, Bayr. Verfassungsrecht S. 325.

[17]) Hauptprobleme, Zusammenfassend S. 705/706.

lich entsteht ein Rechtsverhältnis dadurch, daß die Rechtsordnung eine Pflicht schafft, die einem anderen zugute kommt, und daß der Wille des durch diese Pflicht Begünstigten von der Rechtsordnung zur Bedingung für die Rechtsgarantie erklärt ist; dabei muß jedem Recht eine Pflicht, aber nicht jeder Pflicht ein Recht entsprechen[18]). Besteht aber einmal Pflicht und Recht, beide gegenüber der Rechtsordnung, aber das eine ein Spiegelbild des anderen, dann verschlägt es nichts, wenn man, nur die Subjekte Rechtssubjekt und Rechtspflichtsubjekt ins Auge fassend, von einem Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, Berechtigten und Verpflichteten spricht.

Auf den Prozeß angewandt, ist der Beklagte Träger des dem Verfahren zugrundeliegenden materiellen Pflichtverhältnisses gegenüber der Rechtsordnung, Kläger derjenige, dessen Wille für die Verwirklichung dieser Pflicht zur Voraussetzung erklärt ist.

Der Staat als erkennende Behörde vollzieht eine Rechtsnorm dadurch, daß er ein durch diese Norm geschaffenes Rechtsverhältnis zwischen zwei Untertanen in einer für die Beteiligten bindenden Weise feststellt.

§ 15. Entscheidung über eigene Rechtsverhältnisse.

Die Normvollziehung kann auf doppelte Weise vor sich gehen. Entweder vollzieht der Staat durch bindende Rechtsfeststellung, oder er übt die gleiche Tätigkeit aus, die auch ein sonstiges „unterhalb" des Staates stehendes Rechtssubjekt vornehmen kann. Hierher zu rechnen sind alle jene Fälle, in denen zwischen dem Staat und dem anderen Rechtssubjekt ein Privatrechtsverhältnis besteht: Der Staat hat ein Darlehen gegeben oder empfangen, er hat sich Hypotheken bestellen lassen und bestellt, Werkverträge oder Dienstverträge geschlossen usw.[19]).

Sachlich ist in diesen Verhältnissen der Staat nicht in anderer Weise beteiligt als der Untertan. Juristisch dagegen steht die Entfaltung dieser Tätigkeit durch den Staat auf einer Stufe mit der verfügenden oder erkennenden Tätigkeit einer Behörde. In beiden Fällen handelt es sich um Vollziehung einer bestehenden Rechtsnorm und beide Male erfolgt die Gesetzesanwendung durch dasselbe Rechtssubjekt, auf dessen Willen die Existenz der Norm beruht. Es wäre deshalb verfehlt, in solchen Fällen von Normbefolgung zu sprechen; Normbefolgung ist Rechtsanwendung durch ein nichtstaatliches Subjekt. Alle Norm-„befolgung" durch den Staat aber, mag sie äußerlich der wirklichen Normbefolgung noch so ähnlich erscheinen, ist dem Wesen nach Normvollziehung.

In der Einleitung schon wurde betont, daß der Staat selbst Rechte haben kann. Der Staat ist Träger der Rechtsordnung. Aber von einem anderen Gesichtspunkt aus betrachtet steht er unter ihr. In letzterem Fall ist er Träger eines rechtlichen Willens, Person im Rechtssinn. Wie Rechte, so kann der Staat naturgemäß auch Pflichten haben, oder von der Gegenseite aus gesehen, der Untertan kann Rechte haben[20]). Ist man sich bewußt, daß Recht wie Pflicht dem Rechtssatz gegenüber besteht, so kann man

---

[18]) Somló a. a. O. S. 444: „Der Rechtsanspruch ist immer die Kehrseite einer Rechtspflicht, aber die Rechtspflicht läßt sich nicht als Kehrseite eines Rechtsanspruchs definieren".

[19]) Vielfach spricht man in diesem Zusammenhang von Fiskus; darüber siehe § 16.

[20]) Das Problem der subjektiven öffentlichen Rechte kann im Rahmen der Arbeit nicht behandelt werden. Vgl. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte. Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, 1914.

im Sinne der oben gewählten Formulierung ohne Bedenken davon sprechen, daß „zwischen" Staat als Vollzieher und Untertan als Befolger ein Rechtsverhältnis besteht. Allerdings kann meines Erachtens nicht zwischen Staat als Rechtsordnung und Untertan ein Rechtsverhältnis angenommen werden. Die Rechtsordnung selbst wäre personifiziert — was einen Verzicht auf die Vorbedingungen unserer Konstruktion bedeuten würde. Daher möchte ich nur von Rechten und Pflichten gegenüber der Rechtsordnung sprechen.

In den meisten Fällen, in denen die Vollziehung durch den Staat inhaltlich einer Befolgung durch den Untertanen ähnelt, wird zwischen Staat und Untertan ein Rechtsverhältnis vorliegen. Der Staat ist dabei die eine Seite des Rechtsverhältnisses, oder wie man auch zu sagen pflegt, Träger des Rechtsverhältnisses. Die Sachlage kompliziert sich nun ganz wesentlich dadurch, daß das zwischen Staat und Untertan bestehende Rechtsverhältnis streitig wird und einer autoritativen Feststellung bedarf. Diese wird wie im vorigen Paragraphen dargelegt, durch das erkennende Gericht des Staates gegeben. Hier wird also die Normvollziehungstätigkeit nochmals in zwei Unterfunktionen, Funktionen sekundärer Art, gespalten. Der Staat übt Normvollziehung aus, sowohl wenn er einen Anspruch geltend macht, oder wenn gegen ihn ein Anspruch erhoben wird, als auch, wenn er über Ansprüche entscheidet. Die Tatsache, daß derselbe Staat, der den Anspruch erhebt und über ihn erkennt, auch gleichzeitig durch Schaffung der Rechtsnorm den Anspruch schuf, ändert nichts an diesem Verhältnis. Wir sehen hier den Staat als Normgeber und als Normvollzieher, und das letztere wiederum in doppelter Weise.

Durch die Spaltung der vollziehenden Tätigkeit kommt der Staat in die Lage, über seinen eigenen Anspruch entscheiden zu müssen. Dem steht weder eine logische noch eine spezifisch-juristische Unmöglichkeit entgegen. Daß jemand in bezug auf den gleichen Gegenstand berechtigt und gleichzeitig nichtberechtigt sei, möchte ich als eine logische, daß jemand in bezug auf das Gleiche berechtigt und verpflichtet sei, möchte ich als eine juristische Unmöglichkeit bezeichnen. Von der juristischen in diesem Sinne kann es kraft positiver Bestimmung der Rechtsordnung Ausnahmen geben[21]); eine logische ist etwas Absolutes, Apriorisches. Die Entscheidung über „eigene" Rechtsverhältnisse ist weder das eine noch das andere.

Eine Tätigkeit dieser Art findet sich praktisch fast nur beim Staate[22]). In den wenigen Fällen, in denen ein Privater überhaupt in die Lage kommt, entscheiden zu können, d. h. eine Entscheidungsfunktion auszuüben, nämlich in dem in der ZPO. §§ 1025 ff. geregelten Schiedsverfahren, ist die Möglichkeit einer Entscheidung dann ausgeschlossen, wenn es sich um einen dem Schiedsrichter selbst zustehenden Anspruch oder um eine ihn treffende Obliegenheit handelte. Aber gerade die Tatsache, daß diese Entscheidung ausdrücklich ausgeschlossen werden mußte, weist auf die theoretische Möglichkeit einer Entscheidung über eigene Rechtsverhältnisse hin.

Qualitativ von gleicher Art wie Rechte des Staates aus Zivilrechtsgeschäften sind sog. „obrigkeitliche" Ansprüche, z. B. der Steueranspruch, der Strafanspruch; auch bei diesen liegt eine Verpflichtung gegenüber der Rechtsord-

[21]) So die Eigentümergrundschuld des BGB., daß die Existenz einer Grunddienstbarkeit am eigenen Grundstück möglich ist, kann aus dem Schweigen des Gesetzes gefolgert werden. Vgl. BGB. 1018 ff.

[22]) Entsprechend in ganz geringem Umfang bei anderen Körperschaften, wenn sie ausschließlich und rechtskräftig entscheiden dürfen.

[23]) Vgl. Mittermeier, a. a. O., S. 21.

nung vor, die einen anderen, dem sog. Berechtigten, hier dem Staate zugute kommt. Den vermittelnden Übergang zwischen Anspruch auf Rückgabe eines Darlehens und Anspruch auf staatliche Strafe bildet der Anspruch auf Zahlung einer Schadenersatzsumme — einer Buße — einer Geldstrafe.

Der staatliche Strafanspruch kann von derselben Behörde erhoben werden, die auch über ihn entscheidet; das bringt konsequent zum Ausdruck, daß berechtigtes Subjekt und erkennendes Gericht nichts anderes als der Staat sind. So ist es im Inquisitionsprozeß oder in manchen Zweigen des heutigen Verwaltungsverfahrens. Es können aber auch aus Gründen, die noch zu untersuchen sein werden, die beiden Vollziehungsfunktionen unter verschiedene Behörden des Staates verteilt sein; juristisch macht das keinen Unterschied.

Meines Erachtens sind alle staatlichen Ansprüche auf Befolgung der Gesetze überhaupt, — etwa auf Wehrpflichterfüllung oder Steuerzahlung, nichts anderes als Forderungen auf Dienste oder Leistungen irgendwelcher Art; in all diesen Fällen besteht ein Rechtsverhältnis „zwischen" Staat und Untertan, d. h. Recht des Staates und Pflicht des Untertanen sind einander symmetrisch[24]). Nur das Maß der darin zum Ausdruck kommenden Intensität des Anspruchs ist gegenüber zivilrechtlichen Ansprüchen des Staates verschieden. Der staatliche Anspruch auf Rückzahlung eines Darlehens, also auf Leistung einer dem Staate geschuldeten Geldsumme, hat mehr Verwandtschaft mit dem Steueranspruch als etwa mit dem Darlehensanspruch eines Privaten; denn wenn der Staat Gläubiger ist, ist Schöpfer und Inhaber des Rechts dieselbe Person, im anderen Falle sind es zwei verschiedene Subjekte. Vom einfachen Forderungsverhältnis aus Privatrechtsgeschäften des Staates führt auf dem Wege über die auf Dienstverträgen beruhenden Unterordnungsverhältnisse und die Forderungen auf öffentlichrechtliche Unterwerfung (des Vermögens — der Freiheit — der ganzen Person) bis zum stärksten Gewaltverhältnisanspruch auf unbedingten „Gehorsam" gegenüber den Staatsbefehlen eine geschlossene Linie; daneben läuft eine zweite geschlossene Linie vom einfachen Forderungsverhältnis eines nichtstaatlichen Rechtssubjektes (auf Darlehensrückgabe, Warenlieferung u. dgl.) über Dienstverhältnisse zu dem relativ umfassenden familienrechtlichen Unterwerfungsverhältnis[25]). Die Ansprüche der beiden Linien sind im Verhältnis zueinander von verschiedenem Wesen; die Ansprüche innerhalb einer Linie dagegen sind wohl quantitativ, nicht aber qualitativ verschieden.

Über alle Ansprüche — mag es sich um Rechtsverhältnisse zwischen zwei Privaten oder zwischen Staat und Privaten handeln — entscheidet, wenn sie streitig werden, der Staat als erkennende Behörde. Ebenso wie in den Fällen, in denen der Staat den Darlehensrückgabeanspruch hat und gleichzeitig über ihn entscheidet, handelt es sich auch in den übrigen Fällen um eine Teilung der Vollziehungsfunktion: Der Staat macht einen Anspruch geltend und fällt über ihn ein Erkenntnis. Einer Entscheidung über eigene Rechtsverhältnisse steht auch hier kein theoretisches Bedenken entgegen (s. o.).

---

[24]) Ullmann, Strafprozeßrecht S. 9: „Dem Rechte des Staates auf Strafe entspricht die Verpflichtung der an der Übeltat schuldhaft Beteiligten sich der Strafe zu unterwerfen"; über Steueranspruch und Abgabepflicht vgl. Fleiner, Institutionen, S. 389; Hatschek, Institutionen, S. 47; Meyer-Dochow, Verwaltungsrecht, S. 644; Otto Meyer, Verwaltungsrecht II, S. 330; Hensel, Steuerrecht, S. 47, 147, 171; u. a. m.

[25]) Vgl. hierzu Nawiasky in: „Forderungs- und Gewaltverhältnis", Zitelmannfestschrift.

Wenn der Staat in einem Verfahren eigene Rechtsverhältnisse entscheidet, wird er zur Partei. Daher beschäftigt uns nunmehr die Frage, ob der Staat als Prozeßpartei theoretisch gedacht werden kann. Vorher soll, um es für die nachfolgenden Ausführungen zu erledigen, das Fiskusproblem kurz berührt werden.

§ 16. Der Fiskus.

Die richtige Erkenntnis von der Spaltung der normvollziehenden Tätigkeit hat früher dazu geführt, zwei getrennte Rechtssubjekte zu konstruieren: den Fiskus[26]) und den Staat als Hoheitssubjekt.

Im sog. Polizeistaat hat der Fiskusbegriff für die Entwicklung der Staatsauffassung eine bedeutsame Rolle zu spielen[27]). Um den Untertan nicht in jeder Hinsicht dem Belieben der der Idee nach an keine Rechtsschranken gebundenen Verwaltung auszuliefern, dachte man sich den Staat als Vermögenssubjekt neben dem Träger der Befehlsgewalt. Der Fiskus unterlag dem Privatrecht. Dadurch, daß man „die fiskalischen Sachen zu Justizsachen stempelte"[28]) wurde der Fiskus zum Untertan, der Staat blieb Herrscher[29]). Das führte zu höchst eigenartigen Erscheinungen; wenn z. B. der Staat schädigende Verwaltungshandlungen (unerlaubte Handlungen, Enteignungen usw.) vornahm, war der Fiskus entschädigungspflichtig; wenn der Staat grundlose oder übermäßige Geldleistungen, etwa Steuern, empfangen hatte, wurde der Fiskus mit einer condictio indebiti belangt[30]); es war eine Schuldbegründung zugunsten Dritter. Im Prozeß tat man sich leicht. Der Staat als erkennendes Gericht entschied nicht über eigene Rechtsverhältnisse, sondern über solche eines fremden Rechtssubjekts, des Fiskus.

Anders liegen die Voraussetzungen im sog. Rechtsstaat. Da jede Verwaltungshandlung der gesetzlichen Grundlage bedarf[31]), ist der eigentliche Zweck der dualistischen Zerteilung weggefallen; der Fiskusbegriff hatte seine überragende Bedeutung verloren. Die übereinstimmende Lehre der Gegenwart verwirft die Zweiteilung und betont die Einheit des Staates[32]).

Trotzdem wird der Begriff „Fiskus" immer noch verwendet. Nach der einen Ansicht ist der Fiskus der Staat als Subjekt von Privatrechtsverhältnissen[33]); Fiskus ist der Staat, wenn er in den bürgerlichen Rechtsverkehr tritt. Den anderen ist er der Staat als Subjekt des Staatsvermögens[34]). Dieser Begriff ist einerseits enger als jener: alle nicht vermögensrechtlichen Rechte fallen weg. Anderseits weiter: Staatsvermögen ist auch das durch öffentliche Widmung dem Privatrechtsverkehr entzogene Vermögen[35]).

---

[26]) Über die Bedeutung des Fiskusbegriffs im römischen Recht siehe: Mitteis, Römisches Privatrecht I, S. 349 ff. Sohm, Institutionen, S. 222 ff.

[27]) Vgl. Otto Mayer, Verwaltungsrecht I, S. 47 ff. Fleiner, Institutionen, S. 34. Hatschek, Institutionen, S. 1; derselbe, Artikel „Fiskus" im Wörterbuch von Stengel.

[28]) Fleiner, a. a. O., S. 36.

[29]) Otto Mayer, I. Bd., S. 49.

[30]) Vgl. Hatschek, Institutionen, S. 3.

[31]) Fleiner, a. a. O., S. 41. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 386.

[32]) Otto Mayer, S. 136: „Die Fiskuslehre ist überwunden. Der Staat als solcher steht dem einzelnen auch in vermögensrechtlichen Verhältnissen unmittelbar gegenüber, ohne daß dadurch eine rechtliche Ordnung dieser Verhältnisse ausgeschlossen wäre".

[33]) Vgl. Laband, Reichsstaatsrecht, II, S. 839; Zorn, II, S. 220. Hatschek, a. a. O., S. 52. O. Mayer, I, S. 138.

[34]) Vgl. Mitteis, Bd. I, S. 347. Dann Bornhak, VerwArch. VIII, S. 3. Fleiner, S. 40. Wach, ZivilprR. I, S. 92.

[35]) Vgl. die ganz andere Unterscheidung Hatschek's, a. a. O.

Gegenüber der ersten Auffassung kann man mit O. Mayer einwenden, daß es keinen rechten Sinn habe, dem Staate jeweils einen anderen Namen zu geben, wenn es sich um ein bestimmtes Rechtsverhältnis handelt[36]). Jedes Rechtssubjekt ist in der Regel Träger einer Reihe von Privatrechten und einer Reihe von öffentlichen Rechten (einschl. Pflichten)[37]). Im einen Fall handelt es sich um ein Privatrechtssubjekt, im anderen um ein Subjekt des öffentlichen Rechts. Jeder Rechtssatz macht den Berechtigten (Verpflichteten) zu einem Rechtssubjekt des betreffenden Rechtszweigs, dem er angehört. Eine Aktiengesellschaft ist in mancher Hinsicht Rechtssubjekt des bürgerlichen Rechts, des Handelsrechts, des Wechselrechts. Anderseits ist sie auch Rechtssubjekt des Gewerberechts, des Steuerrechts, des Sozialversicherungsrechts; hier ist sie öffentlichrechtliches Rechtssubjekt. Es ist unberechtigt zu sagen, daß gewisse soziale Gebilde — von Natur aus! — Rechtssubjekte des öffentlichen Rechts, gewisse andere solche des Privatrechts seien.

Das Beispiel der Aktiengesellschaft kann auch auf den Staat übertragen werden. Im Rahmen des zivilrechtlichen Rechtsverkehrs ist er Privatrechtssubjekt. In jenen Rechtsgebieten, die dem öffentlichen Rechte zugerechnet werden, ist er Subjekt des öffentlichen Rechts[38]).

Gegenüber der zweiten oben gekennzeichneten Auffassung vom Wesen des Fiskus kann mit Bernatzik betont werden[39]), daß es für eine rechtliche Betrachtungsweise höchst wenig fruchtbar ist, den „Geldbeutel" eines Rechtssubjekts diesem selbst gegenüberzustellen[40]).

Vom Standpunkt der hier vertretenen Fiskusauffassung müssen die im ersten Abschnitt angeführten Beispiele gewürdigt werden, wenn dort jeweils

---

[36]) Bd. I, S. 144.

[37]) Es ist hier nicht der Platz, das Problem der „natürlichen" und der „juristischen" Person aufzurollen. Vgl. Somló, S. 513, 519. Höchst interessant wäre es vom Fiskusbegriff aus das Problem der juristischen Aufteilung des nämlichen Substrats in mehrere Rechtssubjekte zu verfolgen, auch deshalb, weil dasselbe Problem unten bei der Rechtssubjektivität der Organe nochmals von einer anderen Seite auftaucht. Doch würde an beiden Stellen eine ausführliche Erörterung über dieses unerschöpfliche Thema den Rahmen der auf das Verfahrensrecht zugeschnittenen Abhandlung sprengen. Im Vorbeigehen ein paar Andeutungen! Die Zerlegung des soziologisch gleichen Staates in mehrere Rechtspersonen stünde mit dem Begriff des Rechtssubjekts nicht in Widerspruch. Rechtssubjekt ist eine Figur zur Bezeichnung des rechtlichen Zwecksubjekts — im Gegensatz zum Rechtsobjekt, das eine Figur zur Bezeichnung des rechtlichen Zweckmittels ist. Es ist ein Bedeutungsbegriff, ein Sinngefüge, kein Seinsgefüge. Nach Stammler, Theorie d. R., S. 200, ist „Rechtssubjekt ein formales Verfahren, einen besonderen Rechtsinhalt einheitlich zu bestimmen". Der Begriff des Rechtssubjekts sei eine reine, nicht eine bedingte Denkform; Theorie, S. 203, Rechtsphilosophie, S. 6, Anm. 8, S. 244 ff. Die reinen Denkbegriffe „sind die allgemeinen Denkformen der Grundbegriffe des Rechts". „Dagegen ist ein bedingter Rechtsbegriff die allgemeine Zusammenfassung eines bes. Rechtsstoffes". Rechtsphilosophie, S. 245 usw. Zu vgl. ist das ausgezeichnete Buch Binders, Das Problem der jurist. Persönlichkeit, insbes. S. 50/51, S. 40, S. 54ff. Die Person ist kein Ding, sondern ein Relationsbegriff. „Da mit dem Begriff des Rechtsverhältnisses der Begriff des Rechtssubjekts ohne weiteres gegeben ist, muß das Rechtssubjekt selbst wieder eine Relation sein". „Rechtssubjekt sein, heißt in der durch die Rechtsordnuug gegebenen Beziehung stehen, die wir ein subjektives Recht nennen" usw. Ferner Bierling, Prinzipienlehre I, S. 201 ff., S. 220. (Vgl. unten § 21 der Abhandlung sowie das oben im Text Folgende).

[38]) Fleiner, Institutionen, S. 41: „Der verwaltende Staat lebt nach zweierlei Recht, nach öffentlichem Recht und nach Privatrecht". Der Satz ist richtig, gilt aber ebenso wie vom Staat von jedem anderen Rechtssubjekt. Vgl. hierzu Nawiasky, Bayr. Verfassungsrecht, S. 242, 244, 245 und unten Anm 169 und 170.

[39]) Archiv f. öffentl. Recht, Bd. V, S. 181.

[40]) Daß ein und dasselbe Gebilde inbezug auf gewisse Rechtsnormen Rechtssubjekt, inbezug auf andere Pflichtsubjekt sein kann, darüber die lehrreichen Erörterungen von Somló, a. a. O., S. 497, 513, 519.

vom Fiskus die Rede war. Das Wort wurde damals im Anschluß an die hergebrachte Ausdrucksweise gebraucht, um nicht theoretische Erklärungen vorausschicken zu müssen. Nunmehr kann gesagt werden: Statt des Wortes Fiskus kann überall das Wort „Staat" gesetzt werden; statt der stationes fisci kann von Organen des Staates gesprochen werden; darüber siehe § 20/21!

Unsere Untersuchung hat es mit prozessualen Problemen zu tun. Der Fiskusbegriff ist etwas Materiell-Rechtliches. Trotzdem mußte die Bedeutung des Wortes und die Auffassung darüber in der Literatur klargestellt werden, einmal, weil Prozeßrecht und materielles Recht so eng verknüpft sind, daß bei Behandlung der Prozeßpartei auch vom materiellen Rechtssubjekt gesprochen werden muß, sodann, weil der Begriff besonders wichtig ist für das Problem der Entscheidung über eigene Rechtsverhältnisse und für die Stellung des Staates als Partei.

§ 17. Der Staat als Partei.

Wenn der Staat über eigene Rechtsverhältnisse erkennt, so sind hiebei zwei Fälle zu unterscheiden. Entweder hat die gleiche Behörde, die ein Recht geltend macht oder gegen die es erhoben wird, auch die Entscheidungsfunktion. Die Person des „Richters" ist hier gleichsam auch noch eine verkappte Partei. So war es im sog. Inquisitionsverfahren[41]); heute ist es insbesondere so im sog. Polizeistrafverfahren, ferner mitunter im Verfahren nach dem bayerischen Verwaltungsgerichtsgesetz und in manchen anderen Teilgebieten des Verwaltungsverfahrens, soweit sich hier Streit ergibt.

Im bayerischen Verwaltungsprozeß können sich nach Dyroff[42]) entweder zwei Parteien gegenüberstehen, oder der Streit ergibt sich lediglich zwischen einer Partei und dem Staate, „also dem durch seine Verwaltungsbehörden vertretenen Staate", „der nicht Prozeßpartei ist".

Es kann aber auch — das ist in der Gegenwart das Normale — die erkennende und die klagende Tätigkeit verschiedenen Behörden anvertraut werden; dadurch muß der Staat selbst zur Prozeßpartei werden.

Wenn wir die Literatur nach der Frage hin prüfen, ob es möglich sei, den Staat als gewöhnliche Partei, die Recht sucht und nimmt, zu denken, stoßen wir auf eine seltsame Erscheinung. Obwohl der Fiskus nichts anderes ist als der Staat, wird doch nirgends bestritten, daß der Fiskus Partei eines rechtlichen Verfahrens sein könne; wohl aber herrscht große Meinungsverschiedenheit über die Frage der Parteifähigkeit des Staates als Hoheitssubjekt. Das ist um so eigenartiger, als dem Fiskus nicht etwa bloß im Zivilprozeß diese Eigenschaft zugesprochen wird, sondern nach der herrschenden Lehre auch im Verwaltungsprozeß[43]). Schon im Zivilprozeßrecht kann man den Staat nicht als Privatrechtssubjekt bezeichnen; denn alles Verfahrensrecht ist öffentliches Recht. Doch könnte man hier wenigstens in Hinsicht auf das dem Prozeß als Gegenstand dienende Rechtsverhältnis vom Staate als „Privatrechtssubjekt" sprechen. Im Verwaltungsstreitverfahren fällt aber auch diese Möglichkeit weg; hier handelt es sich, wenn überhaupt um Rechts-

[41]) Das Wort ist mehrdeutig; entweder bedeutet es, daß das Gericht von Amts wegen einschreitet, oder daß der Prozeß durch die Tätigkeit des Gerichtes bestimmt wird, oder daß Aburteilung und Verfolgung dem gleichen Organ zukommen usw. In welchem Sinn es hier verstanden wird, ergibt sich klar aus obigen Ausführungen.

[42]) Dyroff, Kommentar, Art. 8, Eingang, Anm. 26 (Auflage von 1917, S. 265).

[43]) Art. 19, Anm. 1, Kommentar von Dyroff.

verhältnisse, fast durchweg um solche des öffentlichen Rechts. Erklären läßt sich meiner Ansicht nach diese Erscheinung nur durch die Tatsache, daß man trotz aller Theorien doch nicht die Vorstellung einer gewissen Rechtssubjektivität des Fiskus aus seinem Denken zu bannen vermochte. Man schließt hier von der Parteifähigkeit des Fiskus im Zivilprozeß (vgl. ZPO. § 50 I) auf die gleiche Eigenschaft in anderen Verfahrensarten, als ob das Zivilprozeßrecht der Grundpfeiler und Ausgangspunkt des ganzen Verfahrensrechtes wäre.

Über die Parteifähigkeit des Staates als Hoheitssubjekt, die im Gegensatz zu der des Fiskus lebhaft bestritten ist, gibt es eine Reihe von Theorien. Zuerst stellen wir die einschlägigen Theorien aus dem Gebiete des Verwaltungsprozeßrechts (A), sodann des Strafprozeßrechts (B) in einer knappen Übersicht dar; auf diesen beiden Gebieten ist der Streit vor allem zum Austrag gekommen.

A. Auf der einen Seite wird nicht nur unbedenklich bejaht, daß der Staat Partei sein könne, sondern es wird in weitem Umfang auch allen möglichen Behörden und sogar einzelnen Beamten des Staates, die als solche kraft positiver Bestimmung in ein Verfahren einzutreten berechtigt sind, Parteifähigkeit zugesprochen. In ähnlicher Richtung bewegen sich Auffassungen, nach denen zwar nicht die einzelnen Behörden, wohl aber der hinter ihnen stehende Staat Partei sein könne. Nach anderer Ansicht gäbe es in einem solchen Verfahren nicht nur eine, sondern eine ganze Menge von Parteien und daneben als Hauptpartei den Staat. Dann wird wieder zwischen den verschiedenen Parteien ein Wertunterschied gemacht und der Staat wird als eine dem Untertan nicht gleichwertige Partei, sondern als übergeordnete Person bezeichnet; der Staat als sog. „Partei" sei etwas vollkommen anderes als der Untertan als Partei. Von hier ist ein weiterer Schritt zu der Lehre, der Staat könne überhaupt nicht Partei sein; Partei sei nur der Untertan. Diese letztere Meinung führt schließlich zu der extremen Theorie, in der ganzen Verwaltungsrechtspflege könne von Parteien im gewöhnlichen Sinne gar nicht gesprochen werden. So führt eine geschlossene Reihe von der einen Lehre über alle möglichen Zwischenglieder zum direkten Gegenteil.

Nachfolgend seien die Hauptgegensätze und die Würdigung der verschiedenen Argumente an Hand der Theorie von fünf bekannteren Publizisten skizziert.

I. Der Hauptvertreter der oben als erste erwähnten Theorie ist Schultzenstein[44]). In der Begründung seiner Annahme, staatliche Behörden usw. könnten unter Umständen Parteien im Verwaltungsstreitverfahren sein — er lehnt sich dabei stark an die preußische Gesetzgebung und oberverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung an[45]) — geht er vom Zivilprozeß aus. Dort habe z. B. nach dem Gesetz über die G. m. b. H. vom 20. April 1892, § 62 II die Verwaltungsbehörde[46]), dann nach BGB. § 525 II [47]) und § 2194[48]) die Behörde, endlich nach der preußischen Kabinettsorder vom $\frac{\text{5. Februar 1844}}{\text{26. Novemb 1845}}$

---

[44]) „Partei, Parteifähigkeit . . . " usw., Art. in Bd. XII des VerwArch.

[45]) Siehe darüber Teil I, § 123.

[46]) Die Verwaltungsbehörde kann hiernach gegebenenfalls vor dem Landgericht Klage auf Auflösung einer Gesellschaft stellen.

[47]) Die Behörde kann Vollziehung einer im öffentlichen Interesse liegenden Auflage einer Schenkung verlangen, auch dann, wenn sie selbst keinen vermögensrechtlichen Vorteil davon hat.

[48]) Ebenso wie bei Anm. 47, für die Vollziehung einer Auflage bei einer letztwilligen Verfügung.

die Quästoren der preußischen Universitäten Parteifähigkeit. Hier werde Staatsorganen (bzw. Selbstverwaltungsorganen müssen wir hinzufügen) auch wenn sie nicht gerade Vermögenssubjekte seien, unbedenklich und unbestritten Parteifähigkeit beigelegt; die Behörde als solche trete dem Gegner als gleichwertige Partei gegenüber und unterliege nicht anders als der „private" Gegner den für die Parteien überhaupt geltenden prozessualen Normen. Daß der Gesetzgeber dies ohne Bedenken tue, zeige an, daß er von dem Gedanken beherrscht sei, der Staat als Hoheitssubjekt bzw. seine Behörden könnten Partei sein. Ähnlich gelagert wie im Zivilprozeß seien die viel häufigeren Fälle, in denen die Behörden in einem Verwaltungsstreitverfahren beteiligt sind. Hier sei es nicht im mindesten anders als im Zivilprozeß. Ja auch dann, wenn nicht um subjektive Rechte gestritten werde, das Verfahren nur auf Verwirklichung objektiven Rechts abziele, könnten staatliche Behörden als Parteien auftreten.

Zur Kritik dieser Ausführungen ist lediglich zu sagen: Schultzenstein gibt weniger eine Erklärung, als vielmehr eine Umschreibung des positiven Rechts und einen Hinweis auf die vermutliche Absicht des Gesetzgebers. Für unsere eigene Konstruktion können wir kaum einen Gedanken von ihm verwerten; wir können seine Auffassung lediglich registrieren.

II. Fleiner[49]) geht aus von der in der verwaltungsrechtlichen Wissenschaft und auch in der Gesetzgebung mancher deutscher Länder gebrauchten Unterscheidung der sog. „Parteistreitigkeiten" des öffentlichen Rechts von jenen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, in denen Private oder innerhalb des Staates bestehende öffentliche Gemeinwesen gegen eine Staatsbehörde prozessieren — letztere zuweilen „Anfechtungsklagen", „Anfechtung staatsaufsichtlicher Akte", auch „Verwaltungsbeschwerden" genannt. Der erste Fall interessiere hier nur dann, wenn der Staat als Fiskus auftrete; in diesem Falle könne die Parteieigenschaft des Staates nicht in Zweifel gezogen werden. Der Zweck des Fiskus sei ja gerade die Ermöglichung einer Parteistellung des Staates. Anders wenn der Staat nicht Fiskus sei; hier müsse zwischen materieller und formeller Partei unterschieden werden. Formell stehe der Staat allerdings dem Privaten in der Rolle einer Partei gegenüber: Das Gericht soll entscheiden „was zwischen den zwei selbständigen Rechtssubjekten, Staat und Privatmann rechtens sei." Materiell aber fehle hier ein Rechtsverhältnis, auf Grund dessen man den Staat als Partei bezeichnen könne. Fleiner führt als Beleg das preußische Landesverwaltungsgesetz an, nach dem „formell" „als Beklagter die Behörde erscheint", „die die angefochtene Entscheidung erlassen hat." Anders sei es auch nicht in jenen Staaten, die den Staat überhaupt nicht als Partei auftreten ließen, z. B. Bayern nach dem Verwaltungsgerichtsgesetz. Unausgesprochen scheint Fleiner der Gedanke vorzuschweben, das Verhältnis von Parteien, die beide dem Staate untergeordnet seien, sei gegenüber dem Verhältnis von Staat — außer wenn er Fiskus sei — und Untertan qualitativ von anderer Art.

Bei Beurteilung der Theorie von Fleiner kann zugegeben werden, daß die Trennung des materiellen vom formellen Parteibegriff für eine Erklärung entsprechend verwendbar ist, allerdings in einem durchaus anderen Sinn als bei Fleiner (siehe unten!). Was Fleiner darunter versteht, mit den Ausdrücken „materiell" und „formell" zu belegen, halte ich für wenig glücklich. Die Behauptung, daß auch in jenen Ländern, in denen der Staat nicht als

[49]) Institutionen, S. 248 ff.

Partei auftritt, „eine formelle Parteirolle" „des Staates" anzunehmen sei, kann meines Erachtens nicht richtig sein. Das Eigenartige dieser Erscheinung besteht ja gerade darin, daß der Staat zwar eigentlich, d. h. „materiell" Partei ist oder besser sein müßte, in Wahrheit aber auf die formelle Kläger- oder Beklagtenrolle verzichtet.

III. Zorn[50]) verwirft die Parteieigenschaft des Staates vollständig. Nach ihm sei es unlogisch, daß der Staat wegen solcher Akte, die er in Ausübung seiner Hoheitsgewalt vorgenommen habe, als Partei vor Gericht oder vor einer Behörde erscheine; denn, wenn gegen die Staatsbehörden angekämpft werde, handle es sich nicht um die Frage von Mein und Dein, um die die Parteien mit gleichen Waffen und gleichen Rechten streiten, sondern es gelte einen Streit um die Ausübung der Hoheitsgewalt. Das sei begrifflich der größte Gegensatz. Würde man den Staat zur Partei herabwürdigen, so würde die Konsequenz dahin führen, „die Ausübung der Staatshoheitsrechte auf gleiche Linie mit der Ausübung von Privatrechten zu stellen"[51]). Zorn lehnt sich, wie er selbst betont, in seiner ablehnenden Haltung vielfach an Stahl an, geht aber insofern über ihn hinaus, als er dessen Bedenken gegen den Staat als Beklagten auch ausdehnt auf den Staat als Kläger[52]).

IV. Otto Mayer[53]) weist in seiner Beweisführung auf die Stellung des Vertreters des öffentlichen Interesses im Eheprozeß hin, und auf die Ähnlichkeit der Stellung, die der Staat hier einnimmt im Vergleich zur Verwaltungsrechtspflege. Der Staatsanwalt im Eheprozeß habe „Prozeßführungsrechte", er übe „die einer Partei zukommenden Rechte aus". Das tue er „nicht für seine Person, sondern kraft seines Amts, also im Namen und in Vertretung seines großen .... Machthabers, des Staates". „Aber der Staat handelt nicht als Partei, wenn er durch seine Behörden der öffentlichen Ordnung halber den Ausspruch der Nichtigkeit einer Ehe herbeiführt. Partei ist der Untertan, der ein Mitwirkungsrecht geltend machen darf an dem obrigkeitlichen Akt, ist auch der Staat selbst, wenn er als Fiskus wie ein Untertan angesehen und behandelt wird. Davon kann hier keine Rede sein. Ist aber der Staat nicht Partei, so steht hinter der Klage des Staatsanwalts überhaupt keine Partei." Indessen betont er: „Der Staat steht doch dahinter, nur eben nicht als Partei."

Übertragen auf den Verwaltungsprozeß vertritt Mayer ungefähr folgenden Gedanken: Der Staat kann als Partei auftreten, wenn er Fiskus ist. Unter dieser Voraussetzung, und nur unter dieser, ist er eine dem Privatmann gleichberechtigte Partei. Die Staatsgewalt dagegen kann nicht Partei sein, das wäre begriffswidrig[54]). Die Stellung des Staates in der ganzen Verwaltungsrechtspflege sei die einer Vertretung der staatlichen Ordnung, vergleichbar der des Staatsanwalts im Eheprozeß. Allerdings muß er zugeben, daß die Mehrzahl der Länder in ihren Gesetzgebungen das Zweiparteienverhältnis vom Zivilprozeß auf alle möglichen anderen Verfahrensarten über-

---

[50]) Vgl. besonders VerwArch., Bd. II.

[51]) Zorn, a. a. O., das Wort hat Zorn übrigens von Brauchitsch entlehnt; siehe Zitat a. a. O.

[52]) Zur Kritik der Zorn'schen Auffassung vgl. IV das Wort von O. Mayer aus VR. I, S. 183 (bei uns Anm. 118).

[53]) A. a. O., Bd. I, S. 180.

[54]) Auch in jenen Fällen, in denen wir in unserem Schema des 1. Abschnitts den Staat im Sinne von Hoheitssubjekt als gewöhnliche Partei bezeichnet haben, nennt ihn Mayer „Vertreter des öffentlichen Interesses".

tragen habe. Die Anordnung eines kontradiktorischen Verfahrens beweise aber noch nicht, daß eine zweiseitige Rechtspflege zwischen zwei wirklichen Parteien stattfinde. Auch der Strafprozeß sei ein kontradiktorisches Verfahren und doch handle es sich dabei offenkundig um einseitige Rechtspflege. Der Angeklagte steht sachlich keiner Partei gegenüber"[55]).

Mayer verwirft einerseits die Theorie jener Autoren, die in einem Verfahren, bei dem eine staatliche Behörde Streitsteil ist, überhaupt keine Partei annehmen[56]), anderseits die Lehre von Schultzenstein und anderen, die den Staat in eine Menge von einzelnen Parteien zerlegen[57]). Es gebe bei Klagen gegen Behörden eine wirkliche Partei und nur eine. Die Rechtspflege sei eben eine einseitige. Das zeige sich insbesondere in der Wirkung der Rechtskraft des Entscheidungsspruches. Bei der zweiseitigen Rechtspflege wirke die Rechtskraft zweiseitig. Rechtskraft sei nichts anderes als ein Recht der Partei am Urteil. Verzichte man darauf, den Staat als Partei zu denken, und nehme man den Begriff der einseitigen Rechtspflege auf, dann werde die Tatsache, daß es eine Rechtskraft im gewöhnlichen Sinn nur für die Partei, nicht für die Staatsgewalt, gäbe, ganz klar. „Selbstverständlich wirkt das Urteil auch auf den Staat und seine Behörden, auf die vollziehende Gewalt, zurück: aber eben in ganz anderem Sinn als es auf die Parteien wirkt"[58]).

Die Theorie von O. Mayer wurde deshalb breiter dargelegt, weil sie typisch ist für die weiterverbreitete Ansicht, der Staat sei etwas Übermächtiges, dem Untertan ungleichartig und ungleichwertig Gegenüberstehendes.

Nunmehr zur Würdigung dieser Theorie! Man kann mit Kelsen[59]) die Überordnung des Staates überhaupt als etwas Unjuristisches verwerfen. Danach erscheint der Staat auch „als Rechtsordnung" zu den Rechtssubjekten in keinem Herrschaftsverhältnis. In der Einleitung habe ich mir diese Ansicht Kelsens nicht zu eigen gemacht; vielmehr wurde unterschieden zwischen Rechtsordnung und Staat als Person. Als Person steht nach

[55]) A. a. O., S. 180.

[56]) Der bei der Konstruktion des Staates als Partei unzweifelhaft zutage tretenden Schwierigkeit suchte man aus dem Wege zu gehen dadurch, „daß man den Begriff der Partei für die Verwaltungsrechtspflege überhaupt streicht. Die öffentliche Behörde ist dann nicht Partei, sondern nur Beteiligter . . . . und die Privatperson ebenso. Es handelt sich für beide nur um eine formelle Verteilung der Parteirollen zu dem Zwecke um ein kontradiktorisches Verfahren zu ermöglichen". In Wirklichkeit ist nach Otto Mayer diese Theorie unrichtig. Die Parteien seien doch hier etwas ganz anderes als ein mit dem Staatsanwalt oder Kommissar streitender zweiter Staatsanwalt. Sie wollen etwas für sich erstreiten; a. a. O., Bd. 1, S. 182.

[57]) „In der umgekehrten Weise suchte man die Übereinstimmung dadurch herzustellen, daß man überall zwei richtige Parteien findet, die sich gegenüberstehen in dem Falle, wo nur eine Privatperson erscheint, wie in dem, wo zwei solche sich untereinander streiten. Wer im zweiten Fall die Gegenpartei sei, darüber sei man sich allerdings nicht einig. Bald nennt man die Behörde, bald den Staat". Auch diese Anschauung ist nach O. Mayer abzulehnen.

[58]) „Den Parteien wird nach Untertanenrecht ihr Schicksal bestimmt, der einen befohlen zugunsten der anderen und dieser letzteren der Anspruch gewährt auf Geltendmachung und Durchführung dieses Befehls. Die Rechtskraft verstärkt Vorteil wie Nachteil durch die Unabänderlichkeit". Bei einer Behörde dagegen bedeutet Rechtskraft nur, „daß sie sich von dieser Gebundenheit nicht mehr frei machen kann Für diese Wirkung des Urteils ist es gleichgültig, ob der Staat durch eine prozeßführende Behörde am Verfahren teilgenommen hat oder nicht. Ebenso macht es für ihn keinen Unterschied, ob vor seinem Verwaltungsgericht, wie in der Justiz, zweierlei Parteien gestanden haben, oder wie meistens hier, nur eine". Bd I, S. 172, a. a. O.

[59]) Hauptprobleme, S. 233.

meiner Anschauung der Staat allen anderen Personen juristisch gleich; er ist wie sie Träger von Rechten und Pflichten. „Gerade die Rechtsordnung ist es, die das Verhältnis der Gleichordnung zwischen Staat und den übrigen Subjekten zum Ausdruck bringt." „Der strafende und exequierende Staat ist nur der seine Rechtspflicht erfüllende Staat und steht unter der Rechtsordnung jedem Subjekt gleich, das seine Pflicht erfüllt[60])." Den Worten Kelsens, soweit sie hier zitiert sind, schließe ich mich an.

Die Theorie von O. Mayer stellt Rechtsordnung und Staatsperson einander gleich, obwohl sie das nicht ausdrücklich betont[61]); daher wird der Staat auch im Prozesse, also gerade da, wo es sich augenscheinlich nicht um Gesetzgebungs-, sondern Vollziehungsakte, in Ansehung einer schon bestehenden Norm — deren Anwendbarkeit allerdings bestritten wird — handelt, als den übrigen Subjekten übergeordnet aufgefaßt. In Wahrheit ist der Staat als Beteiligter eines rechtlichen Verfahrens — da hier niemals Rechtsordnung, sondern immer Staatsperson —, grundsätzlich gleichgeordnet. Wollte man mit O. Mayer ein Wertmoment in die Begriffsstimmung aufnehmen, so müßte man sagen: In einem rechtlichen Verfahren ist der Staat sowohl als Gericht wie als Partei gleichwertig.

Mit dieser Erkenntnis bricht die Argumentation von O. Mayer für die Unmöglichkeit einer Annahme des Staates als wirkliche Partei in sich zusammen.

V. Nach der Auffassung Bernatziks kann man in der Verwaltungsrechtspflege überhaupt nicht von Parteien im Sinne anderer Verfahrensarten sprechen[62]). „Auch wenn nur ein Beteiligter vorhanden ist, stehen diesem ungezählte entferntere Beteiligte gegenüber, und dort, wo mehrere direkt Beteiligte einander gegenüberstehen, stehen diese auch stets zu der Gesamtheit in einem Rechtsverhältnis.... Dagegen fehlt jene Interessenbeziehung der Gesamtheit zu den näher Interessierten, wenn ein Privatrechtsverhältnis vorliegt." Daher bezeichne man mit Recht die ersteren als Rechtsverhältnisse publici iuris.

Nun werde meist das unterscheidende Kriterium, ob Partei oder nicht Partei, darin gesehen, ob der Streit nur zwischen einzelnen Personen schwebe und die Behörde lediglich entscheidender Dritter sei, oder ob sie auch die Gegenbeteiligte eines Privaten sei und daher eigene Interessen verfolge. Allein nach Bernatzik gebe es „keine Angelegenheit des öffentlichen Rechts, wo die Behörde nur als richtender Dritter einschreitet". Selbst in dem Falle, daß die öffentlichen Interessen durch einen besonderen Kommissar wahrgenommen werden, sei nur der Form, nicht der Sache nach ein Unterschied[63]). Man könne in diesem Verfahrensteilgebiet überhaupt nicht von Parteien sprechen. Anders verhalte es sich natürlich, wenn der Fiskus Partei sei.

B. Bei der Darlegung einer Reihe von strafprozessualistischen Theorien über das Problem „Staat als Partei" läßt sich nicht vermeiden, zugleich auch einen Teil der Literatur über das Problem „Ist der Staatsanwalt Partei?" mitvorzutragen.

---

[60]) A. a. O., S. 233.

[61]) Über eine ausdrückliche Identifizierung siehe Kelsen, Sozial. und Jurist. Staatsbegriff, unten § 21 (b).

[62]) Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, S. 59 ff.

[63]) Vgl. Bernatzik, a. a. O., S. 116, über die Wirkung der Rechtskraft auf Staat und Behörden im Gegensatz zum Untertan.

I. Zur ersten Gruppe, die den Staat bzw. Staatsanwalt nicht als Partei anerkennt, rechne ich zunächst Wach[61]) und Kohler[65]).

Nach Wach fehlt eine aktive Partei vollständig. Der Beschuldigte sei passive Partei und gleichzeitig Objekt der Wahrheitserforschung[66]). „Die Parteiengleichheit, ja das Zweiparteienverhältnis, als ein dem Gerichte fremdes prozeßrechtliches Verhältnis zweier in gegensätzlicher Rechtsstellung befindlicher Subjekte, ist für den Prozeß auf öffentliche Klage eine Phrase" (S. 7). „Der Staatsanwalt ist die hohe, staatliche Obrigkeit" (S. 8). Der Angeschuldigte „kämpft halb geblendet gegen den machtvollen, alles überschauenden Gegner" (S. 10). Ein „materielles Zweiparteienverhältnis existiert nicht, weil der Staat das alleinige strafverfolgende und aburteilende Objekt ist." Der Staatsanwalt „repräsentiert die gerichtsherrliche Behörde." (S. 8; vgl. S. 9, S. 11 unten, S. 13.)

„Der Prozeß ist heute materiell inquisitorisch in akkusatorischer Form: ein Zusammenwirken von Gericht und öffentlicher Anklage zur objektiven Wahrung der Gerechtigkeit" (S. 7).

Die Ausführungen Wachs erinnern in mancher Hinsicht an Otto Mayer. Gegen ihn wendet sich insbesondere v. Beling[67]):

„Wird zugegeben, daß der Beschuldigte, wäre es auch nur in bestimmten Beziehungen, Partei ist, so wird damit in unserem Denken notwendig eine aktive Partei mitgesetzt, da die Vorstellung einer einzigen, passiven Partei ohne Gegner unvollziehbar ist. Daß diese aktive Partei die Parteieigenschaft nur in bestimmten Beziehungen hat, und in anderen nicht, steht nicht entgegen."

Den Wegen Wachs folgt in manchem Kohler (S. 309), wenn er sagt: „Eine künstliche Parteibildung hat bei gewissen Prozeßformen ihre Vorzüge, kann aber die Interessen der Strafverfolgung nicht erfüllen." „Das Verfahren kann daher nur dasjenige sein, das man Untersuchungsverfahren nennt, ein Verfahren ohne Parteien, bei dem lediglich Beteiligte vorhanden sind." Er nennt es eine vorzügliche Einrichtung, wenn Entscheidungstätigkeit und Ermittlungstätigkeit getrennt werden. „In dieser Beziehung hat die Staatsanwaltschaft als Hilfsbehörde des Richters eine sehr gedeihliche Aufgabe." „Der Staatsanwalt kann unmöglich ein Parteiorgan sein." „Der Staatsanwalt ist" auch in der Hauptverhandlung „ein die Tätigkeit des Gerichts unterstützender Berichterstatter."

Interessant ist an dieser Stelle die Ansicht Heinzes (a. a. O.), wonach der Strafprozeß kein Rechtsstreit sei, weil die Aufgabe der Strafverfolgung nicht die Besiegung eines Gegners, sondern die Ergründung der Wahrheit sei!

Sodann gehören in diese Gruppe Hugo Meyer[68]) und Bierling[69]), [70]). „In Wahrheit ist" — nach Meyer — „der akkusatorische Strafprozeß ein Prozeß, welchen der Staat mit sich selbst führt" (S. 11). Er bezeichnet es als seltsam, „sich den Staat in aller seiner Machtvollkommenheit und die winzige Person des Angeklagten als Gegner im Strafprozeß zu denken."

[64]) Wach, die Struktur des Prozesses.
[65]) Kohler, Zur Konstruktion des Strafprozesses.
[66]) Vgl. Bennecke, a. a. O., S. 112.
[67]) Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, a. a. O., S. 262.
[68]) Hugo Meyer, Die Parteien im Strafprozeß, 1889.
[69]) Bierling, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft 10, S. 309.
[70]) Vgl. hierzu Nagler im Rechtsgang, S. 119, Fräb, a. a. O., S. 2.

Richtig sei es, sich den Strafprozeß in eine dreifache Tätigkeit zerlegt zu denken, in die strafverfolgende, in die verteidigende und in die entscheidende: alle drei seien staatliche Aufgaben. Allerdings sind Meyers Ausführungen teilweise theoretisch, teilweise rechtspolitisch. Gegen Meyer wenden sich insbesondere Mittermaier a. a. O. S. 74, Nagler a. a. O. S. 137, Süß a. a. O. S. 114, Anmerkg. 2, und scharf Fräb a. a. O. S. 3. Vom rechtspolitischen Standpunkte erklären sich — wenigstens bedingt — für Meyer: v. Beling, S. 245, Nr. 28 des Lehrbuches, und Ortloff S. 301, A. 1. (Ähnliche Gedanken wie Meyer hatte schon früher Vargha, „Die Verteidigung in Strafsachen" S. 286.) Auch Ortloff sagt — de lege ferenda — daß „die grundsätzliche Gleichheit der Streitteile im Strafprozeß ... „erst dann hergestellt wird, wenn dem Staatsanwalt ein Gesellschaftsanwalt im Prozeß, mit gleichen Befugnissen ausgerüstet, gegenübergestellt wird". Das ist sein Berührungspunkt mit Meyer. Wenn aber Fräb (S. 4) ausdrücken wollte, daß Ortloff den Charakter des Strafprozesses als Parteiprozeß leugnen will, so wäre das irrig; denn Ortloff sagt z. B. S. 301, daß die Form des Parteistreites in den Strafprozeß wieder aufgenommen wurde; ferner S. 322, daß nichts übrig bleibe, den Staat selbst als Partei anzusehen; und er spricht S. 331 von der Vertretung des Staates als Partei im Strafprozeß.

Endlich gehören noch in die erste Gruppe John[71]), Bornhak[72]) und Schmidt[73]). Eine „widerspruchsvolle Auffassung" der Stellung der Staatsanwaltschaft nimmt Hegler[74]) an. Die Brücke zur Gegenmeinung schlägt v. Kries[75]).

II. Dieser — schon in unserer unvollständigen Übersicht stattlichen — Anzahl stehen jene Gelehrten gegenüber, die entweder

a) den Staat selbst, oder

b) den Staatsanwalt

als Partei im Strafprozeß auffassen.

a) Zu den Vertretern der ersten Richtung gehören u. a. Bennecke[76]), v. Beling[77]) und Ortloff[78]). Nagler[79]) bemerkt von ihnen: „Mit dem Sturz des materiellen Parteibegriffs ist zugleich das Schicksal dieser Anschauung besiegelt." Ganz überzeugend dünkt mich diese Kritik nicht, nachdem es v. Beling gelungen ist, den Formalparteibegriff mit dieser Theorie zu verbinden.

---

[71]) StPrO. für das Deutsche Reich, II, S. 185; kurze Kritik bei Nagler im Rechtsgang.

[72]) Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 19, S. 74; vgl. Nagler, S. 116, Fräb, a. a. O.

[73]) Lehrb. d. Zivilpr., S. 311; er betont, daß im Strafprozeß der Staat nicht Partei sei.

[74]) Festschrift f. Binding, Bd. II, S. 269.

[75]) Lehrbuch, S. 192: Die Staatsanwaltschaft sei Partei, aber nicht in jeder Hinsicht; gegen die Eigenschaft einer Partei spreche StPO. § 153 II [155 II], § 154 [156], § 158 II [160 II], § 338 II [296 II].

[76]) S. 111 des Lehrbuchs: Der Staatsanwalt, der Privatkläger und die Verwaltungsbehörde machten das staatliche ius puniendi geltend, aber sie seien nicht selbst Parteien, sondern Parteivertreter. Partei sei der Staat, um dessen Strafrecht es sich im Prozeß handle; ferner S. 117: „Dem Beschuldigten steht als Partei der Staat gegenüber".

[77]) Er schließt sich im großen und ganzen S. 246 des Lehrbuchs der Stellung Bennecke's an. Vgl. ferner das obige Zitat von Beling in der Zeitschr f. d. ges. Strafrechtswissenschaft, S. 263 und Enzyklopädie von Holtz und Kohler V., S. 115 ff.

[78]) Vgl. die oben angeführten Worte Ortloff's aus S. 322, 331, a. a. O.

[79]) Rechtsgang, a. a. O., S. 131.

b) Der zweiten Richtung huldigen u. a. Hegler a. a. O. S. 269; Binding im Gerichtssaal 74, S. 45; Heinze S. 268; Süß S. 21, S. 26; Mittermaier a. a. O. S. 74 („und dennoch glaube ich Recht zu haben, wenn ich sage: der Staatsanwalt und der Beschuldigte sind materiell Prozeßparteien"), Fräb S. 21, und insbes. Nagler S. 131.

Die Skizzierung der Stellungnahme einzelner Autoren zu der Frage, ob der Staat wirkliche Partei eines rechtlichen Verfahrens sein könne, sowohl aus der verwaltungsrechtlichen wie strafprozessualen Literatur, deutete uns die weitgehenden Meinungsverschiedenheiten über diese Frage an. Überblickt man die verschiedenen Theorien, so fällt auf, daß der Ausdruck Partei in ganz unterschiedlichem Sinne verwendet wurde.

Will man daher zu diesem Problem selbst einen Lösungsversuch machen, so muß man sich über die Bedeutung des Parteibegriffes im reinen sein.

§ 18. Der Parteibegriff.

Die Parteilehre ist zuerst im Zivilprozeßrecht erforscht und sodann im Strafprozeßrecht durchgebildet worden; im Verwaltungsprozeßrecht finden sich erst Ansätze. Im Zivilprozeßrecht bildeten sich zwei Hauptmeinungen[80]).

I. Nach der einen sind die Parteien diejenigen, um deren Angelegenheiten in materieller Hinsicht sich das Verfahren dreht, die sog. „Träger des materiellen Rechtsverhältnisses„[81]) oder, wie man sich in Anlehnung an die gemeinrechtliche Terminologie ausdrückte: Partei ist derjenige, „cuius res in iudicium deducitur". Zu dieser Auffassung bekennen sich u. a. Wach, Planck, Kleinfeller. Nach Planck[82]) sind die Parteien die Beteiligten an einem möglicherweise bestehenden Privatrechtsverhältnis. Einer Verwechslung der Parteieigenschaft mit der Sachlegitimation scheint Kleinfeller[83]) nahezukommen, wenn er als Parteien diejenigen bezeichnet, „die (ihrer Behauptung nach) für das streitige Privatrechtsverhältnis aktiv und passiv legitimiert sind".

Weismann[84]) räumt ein, daß die Parteien nicht gerade Subjekte des streitigen Privatrechtsverhältnisses sein müssen, aber er glaubt doch, zum Begriffe der Partei gehöre, daß die Parteien an dem Rechtsverhältnis, auf das sich die Klage beziehe, in irgend welchem Sinne interessiert sein müssen[85]). Nach seiner Auffassung ist Kläger derjenige, „in dessen Namen und unmittelbarem Interesse das Urteil beghrt werde, Beklagter derjenige, gegen den es begehrt werde, unmittelbar wirksam werden soll" u. a.

2. Nach der zweiten Meinung ist Kläger derjenige, „qui rem in iudicium deducit", Beklagter derjenige „contra quem res in iudicium deducitur". Kläger ist, wer den Anspruch „erhebt", Beklagter der, gegen den er erhoben wird. Anspruch darf hier nicht materiell als Befugnis, subjektives Recht (vgl. BGB. 194), sondern muß prozessual im Sinne von Verlangen, Behaupten — gleichgültig ob berechtigt oder unberechtigt — verstanden werden. Danach ist also nicht schon Partei, wer den materiellen Anspruch hat, sondern wer den prozessualen Anspruch erhebt.

---

[80]) Vgl. zum folgenden Nagler im Rechtsgang, S. 56 ff., der eine ausgezeichnete kritische Übersicht über die beiden Meinungen bringt.

[81]) Wach, Handbuch des ZivProzR. I, S. 613; dazu Nagler, a. a. O., S. 57.

[82]) Lehrbuch I, 1, S. 210/211. [83]) Lehrbuch, S. 120. [84]) Lehrbuch, S. 73.

[85]) Ein ähnlicher Gedanke bei Schmidt, Lehrbuch, S. 312.

Für den zweiten Begriff tritt insbesondere Ötker[86]) ein; weiter gehören hieher Petersen-Anger („Parteien sind Personen, in deren Namen oder gegen welche der Rechtsschutz gewährt werden soll"), Gaupp-Stein[87]), dann Kohler[88]), Hellwig[89]) u. a. Auch die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts ist dieser Auffassung beigetreten[90]).

3. Neben den beiden Hauptmeinungen gibt es Zwischentheorien[91]); es wird z. B. ein Interessengegensatz gefordert, sei es hinsichtlich des Vermögens[92]) oder nur des Prozeßausgangs[93]). Die letztere Frage ist auch für den Verwaltungsprozeß wichtig. Otto Mayer leugnet die Möglichkeit einer Parteistellung des Staates auch aus dem Grunde, weil ein Interessengegensatz mit dem Gegner fehle.

Die Verschiedenheit der beiden Theorien zeigt sich im Zivilprozeßrecht praktisch z. B. bei der Frage, ob Konkursverwalter und Testamentsvollstrecker zu den Parteien oder Parteivertretern zu rechnen seien[94]) und daher den Bestimmungen über die eine oder andere Kategorie unterliegen[95]); die Frage, ob Partei oder nicht, hat Bedeutung für die Rechtshängigkeit, die Rechtskraft, für die Last zur Tragung der Prozeßkosten, für die Zeugenfähigkeit usw.

Der Gegensatz der beiden Begriffe, der in der zivilprozessualistischen Literatur ausgebildet wurde, ist dann entsprechend auch auf andere Verfahrensarten übertragen worden. Ein näheres Eingehen im Strafprozeßrecht könnte lediglich zu einer Wiedergabe des bei Nagler, Parteibegriff S. 127 Gesagten führen. Dem materiellen Parteibegriff huldigen z. B. Bennecke[96]), Ortloff[97]), v. Kries[98]). Anderseits formulieren ihn formell u. a. v. Beling[99]), Heinze[100]), Süß[101]), Mittermaier[102]), Fräb[103]) und Henschel[104]). Für den Verwaltungsprozeß ist Schultzenstein zu vergleichen. Die Unterscheidung spielte bisher hier eine geringe Rolle.

Das Wort Partei ist nach meiner Auffassung doppeldeutig. Im materiellen Sinn bedeutet es jemand, dessen Sache den Gegenstand eines rechtlichen Verfahrens bildet. Im formellen Sinn bedeutet es einen, der ein Verfahren zur Erreichung eines rechtlichen Zieles veranlaßt (Angriff) oder gegen den es veranlaßt wird (Abwehr). Wessen Sache verhandelt wird, der ist im all-

---

[86]) JurLiterBl. II. S. 189 ff.

[87]) Kommentar, S. 137 (Aufl. 1913).

[88]) Zeitschr. f. ZivProzR. 12, S. 97; ferner Recht im Prozeß, Grünhuts Zeitschr. Bd. 14.

[89]) Anspruch und Klagerecht, S. 131.

[90]) Vgl. Stein, Anm. zu § 50.

[91]) Vgl. Schmidt, Lehrbuch, S. 311.

[92]) So Weismann, Lehrbuch, S. 74.

[93]) So Gaupp-Stein I, vor § 50.

[94]) RG.: „Partei kraft Amts". Vgl. Jäger, a. a. O., S. 56 ff.

[95]) Vgl. die Übersicht bei Nagler, Rechtsgang, S. 90.

[96]) Lehrbuch, S. 111: „Parteien sind die, um deren eigene Ansprüche und Verpflichtungen es sich bei der Entscheidung handelt".

[97]) A. a. O., S. 322; ähnlich wie Bennecke.

[98]) v. Kries, Lehrbuch, S. 186.

[99]) „Parteien sind der Strafverfolgungsberechtigte (Strafklageberechtigte) als Kläger und der strafrechtlich Verfolgte als Beklagter". Lehrbuch, S. 245. Enzyklopädie, V. S. 147.

[100]) A. a. O., S. 268: „Partei im formellen und prozessualen Sinn ist eine Person, welche berechtigt ist, den Angriff oder die Abwehr in einem Prozeß aus eigener Entschließung durch prozessuale Handlungen zu beeinflussen".

[101]) A. a. O., S. 9: „Partei ist jedes Subjekt des Prozeßrechtsverhältnis".

[102]) A. a. O., S. 170, 173. [103]) A. a. O., S. 18. [104]) A. a. O., S. 18 ff.

gemeinen auch Kläger und Beklagter. Notwendig ist dies indessen nicht. Schon im Zivilprozeß können die beiden Parteibegriffe verschiedenen Personen zukommen. (Beispiel: Konkursverwalter.)[105]) Regelmäßig kommt die materielle und formelle Parteieigenschaft dann verschiedenen Gebilden zu, wenn der Staat am Verfahren noch in anderer Weise als in entscheidender Rolle beteiligt ist. Aus diesem Grunde mußte der Parteibegriff präzisiert werden.

Da Partei im materiellen Sinne sein kann, wer Rechte und Verbindlichkeiten haben kann, kann der Staat materielle Partei sein. Er ist es tatsächlich immer, wenn es sich um seine Rechte und Rechtspflichten handelt.

Da aber das Verfahren, dessen Gegenstand Rechtsverhältnisse mit dem Staat bilden, immer von seinen Organen veranlaßt wird — der Staat kann nur durch sie in der Außenwelt handeln —, so sind nach der gegebenen Begriffsbestimmung die Organe die formellen Parteien; sie sind Prozeßpersonen[106]). Daß sich der Begriff „formelle Partei" mit der Eigenschaft als Organ verträgt, darüber siehe unten!

Mit der hier vertretenen Auffassung habe ich mich in Gegensatz gesetzt zu jener Konstruktion, die dahin zielt, im Staate unter Umständen auch die formelle Partei, und in der Behörde, die den staatlichen Anspruch geltend macht (bzw. einen gegen sie geltend gemachten abwehrt), die Repräsentantin der formellen Partei zu sehen[107]). Materielle und formelle Partei würden also auch hier in der nämlichen Person zusammentreffen.

Rechtlich möglich sind in der Tat die beiden Auffassungen. Es handelt sich also nur darum, ob Gründe der Zweckmäßigkeit für die eine oder andere sprechen. Da ich mit meiner Theorie in deutlicher Weise die Erscheinungen des rechtlichen Verfahrens erklären zu können glaube, halte ich an ihr fest, muß mich aber über ein Beispiel des Hauptvertreters der Gegenmeinung, v. Beling[108]) erklären, an dem die andere Theorie höchst einleuchtend erscheint, während sie der hier vertretenen nicht geringe Schwierigkeiten zu verursachen droht.

Das Beispiel von v. Beling lautet: „In einem in Breslau schwebenden Diebstahlsprozeß ist materielle Partei das Deutsche Reich, formelle der Preußische Staat", dessen Repräsentantin die Staatsanwaltschaft ist.

Daß in diesem Falle der Strafanspruch dem Reiche zusteht, ist außer Zweifel[109]). Es wird also nicht bestritten, daß materielle Partei zuweilen ein anderer Staat sein kann als jener, dessen Organ formelle Partei ist. In dem obigen Beispiel wäre also materielle Partei das Reich, formelle die preußische Staatsanwaltschaft. Nun könnte dagegen eingewendet werden: Wie kommt die preußische Staatsanwaltschaft dazu, einen Anspruch des Reiches geltend zu machen? Wie erklärt sich, daß zwischen die materielle und formelle Partei eine weitere Rechtsperson sich einschiebt, die bei unserer Konstruktion scheinbar ganz unter den Tisch fällt? Das ist keine prozessuale, sondern eine staatsrechtliche Frage, die erst später untersucht wird; sie erklärt sich aus den eigenartigen Beziehungen zwischen Zentralstaat und Gliedstaat

---

[105]) Anderes Beispiel: Der Ehemann klagt eigenen Namens in Sachen des eingebrachten Gutes der Frau.

[106]) Dyroff, Kommentar, Art. 19, Anm. 1.

[107]) Vgl. Klage des Ehemanns wegen des eingebrachten Gutes der Frau.

[108]) Lehrbuch, S. 246, von v. Beling.

[109]) Vgl. Bennecke, a. a. O., S. 117; Nagler, a. a. O., S. 126: „Soweit auf Grund des Reichsrechts Strafansprüche geltend gemacht werden, stehen sie dem Reiche unmittelbar zu". Fräb, a. a. O., S. 22; dortselbst Beispiel mit den Auslieferungsverträgen.

in einem Bundesstaat. Jedenfalls hat sie unmittelbar nichts mit dem Parteibegriffe zu tun.

Es wird ja auch an dieser Stelle nicht die Frage aufgeworfen, warum gerade die Staatsanwaltschaft oder das Forstamt oder sonst eine Behörde dazukommt, für den Staat nach außenhin handelnd aufzutreten. Über diese interne Beziehung siehe den folgenden Paragraphen!

Meiner Ansicht nach führt also auch das genannte Beispiel nicht zu einem Versagen der hier vertretenen Theorie.

§ 19. Beziehung zwischen Staat als materieller und Staatsorgan als formeller Partei.

In den verschiedenen Verfahrensarten traten als sog. formelle Parteien Gebilde auf, deren Handlungen wir als solche des Staates bezeichnet haben. Dies führt zur Überlegung: In welchem Verhältnis stehen die beiden zueinander? Liegt Vertretung vor, oder was sonst? Sowohl in der Rechtstheorie wie im gewöhnlichen Sprachgebrauch werden sie als Organe bezeichnet. Dieser Ausdruck wurde bis jetzt möglichst vermieden, um nicht der folgenden Untersuchung vorzugreifen. Die Theorien über das Wesen des Organs und sein Verhältnis zur Gesamtperson vermögen nur zum kleineren Teil die Schwierigkeiten zu bewältigen, die hier auftauchen[110]). Von vorneherein erscheint es mir zweifelhaft, ob das dem naturgeschaffenen Organismus entnommene Bild von den Organen mit Erfolg auf ein so abstraktes Wesen wie den Staatsbegriff übertragen werden kann[111]). Allerdings kann der Staat Rechtssubjekt sein; aber einen Willen im psychologischen Sinn, dessen Verwirklichung in der realen Außenwelt er seinen Organen gleichsam aufträgt, hat der Staat nicht. Eher ist es umgekehrt: Was man als den Willen des Staates bezeichnet, kommt nicht aus seinem Innern in die Außenwelt, sondern von den entschlußfassenden und handelnden Gliedern nach innen.

Da indessen die Benennung „Staatsorgan" ziemlich allgemein ist, muß dem Bilde wenigstens ein vernünftiger Sinn untergelegt werden. Die Auffassung vom Wesen der Organschaft ist grundlegend für unsere ganze Untersuchung.

Wollte man eine Klassifizierung der verschiedenen Theorien vornehmen, so müßte man trennen in die Anschauungen der Anhänger der organischen und in die der anorganischen Staatsauffassung. „Der Gegensatz zwischen organischer und anorganischer Staatstheorie äußert sich in bezug auf die Rechtsstellung der Staatsorgane darin, daß die erstere die Rechtspersönlichkeit der Staatsorgane behauptet, die letztere eine solche entschieden in Abrede stellt[112])."

Wenn wir hier die Frage der Rechtspersönlichkeit der Organe aufwerfen, so kommt es uns im Grunde genommen nicht so sehr auf eine Prüfung des Für und Wider an, als vielmehr auf eine brauchbare Erklärung der Erscheinungen, in denen der Staat im Verfahren auftritt. Zu diesem Zweck versuchen wir zunächst an der Hand der Theorie eines Autors, der die Rechtspersönlichkeit leugnet, zu einem Ergebnis zu kommen; sodann schlagen wir den zweiten Weg ein, um von der entgegengesetzten Anschauung ausgehend,

---

[110]) Vgl. **Bierling**, Jurist. Prinzipienlehre I, 181 ff., 321.
[111]) Vgl. **Somló**, a. a. O., S. 324, Anm. 1.
[112]) **Kelsen**, Hauptprobleme, S. 521.

zum Ziele zu gelangen. Für den ersten Weg wählen wir Jellinek, für den zweiten Kelsen.

a) Konstruktion ohne Rechtspersönlichkeit der Organe.

§ 20.

I. Jellinek verwirft die Theorie von der sog. Organpersönlichkeit; nach ihr wäre die Organperson zwar Gliedperson, aber doch Gliedperson, d. h. zwar Bestandteil der Organperson, aber doch ein selbständiger Träger von Rechten und Pflichten, also Rechtssubjekt. Die Lehre wurde besonders von Gierke[113]) und Preuß[114]) vertreten; eine eingehende Kritik findet sich bei Bernatzik[115]). Ebenso verwirft Jellinek die Lehre, daß das Organ Vertreter des Ganzen sei[116]). Es müßten in diesem Falle zwei verschiedene Willen vorhanden sein, einer des Vertreters und einer des Vertretenen. Die Handlungen des einen gelten dann durch Zurechnung als die Handlungen des anderen. „Das Verhältnis der Stellvertretung setzt zwei Personen voraus[117]).“ Ist aber das Organ nicht Rechtssubjekt, dann kann es nicht Handlungen im Rechtssinn vornehmen, die einem anderen Rechtssubjekt zugerechnet würden und ihn berechtigen oder verpflichten könnten[118]).

Nach Jellinek sind Staat und Organ eine Einheit. Es müssen aber Organ und Organträger (Beamter) scharf auseinandergehalten werden. Zwischen Organ und Staat könnten keine rechtlichen Beziehungen bestehen. Wohl aber gäbe es Rechtsbeziehungen zwischen Organ bzw. Gesamtperson und Organträger; die Summe dieser Rechte käme formell in der Berufungsordnung zum Ausdruck. Das Organ ist der Staat innerhalb seiner Zuständigkeit. „Staatliche Kompetenz als eigenes Recht von Personen bedeutet entweder eine Zerreißung des Staates oder Behauptung einer Rechtsordnung über dem Staate[119]). Ein Organ kann keine Rechte und Pflichten haben — im Gegensatz zum Staat und zum Organträger, die beide Rechtssubjekte sind. Wohl aber hat ein Organ Zuständigkeiten[120]).

Nehmen wir an, die in Umrissen angedeutete Theorie Jellineks sei richtig, und bauen wir darauf weiter! Das Rechtssubjekt Staat kann seine Rechte nicht selbst ausüben. Für ihn handeln seine Organe. Das Ergebnis, das wir oben anläßlich der Trennung des materiellen vom formellen Parteibegriff gewonnen haben, läßt sich mit dieser Auffassung vom Wesen der Organe wohl vereinbaren.

Die Organe selbst können nicht materielle Parteien sein, da sie nicht Rechte haben, sondern nur geltend machen können. Die Prozeßhandlungen der Organe innerhalb ihrer Zuständigkeit werden dem Staate zugerechnet und wirken zurück auf das dem Verfahren zugrundeliegende Rechtsverhältnis, dessen Träger der Staat ist. Wohl aber können die Organe formelle Parteien sein. Vorausgesetzt ist hiebei freilich, daß es nicht außer den materiellen Rechten noch kraft des Prozesses besondere Prozeßrechte und -pflichten gibt[121]);

---

[113]) Schmollers Jahrbuch VII, S. 1143, 1883.

[114]) Schmollers Jahrbuch XXVI, S. 557 ff., 1902.

[115]) Archiv für öffentl. Recht V, S. 210 ff.

[116]) Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 224 (Aufl. 1917).

[117]) Ebenda.

[118]) Anderer Anschauung ist Hatschek, Institutionen, S. 97: „Die Behörde ist niemals Rechtssubjekt oder juristische Person; denn (!) sie vertritt bloß eine Korporation“.

[119]) Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 560.

[120]) Vgl. Laband, Staatsrecht § 32; Seydel-Piloty § 47.

[121]) Hier taucht das Problem des Prozesses als Rechtsverhältnis auf. Vgl. Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis; Kohler, Struktur des Strafprozesses, a. a. O., S. 314;

denn gibt es diese, dann muß natürlich die formelle Partei Prozeßperson mit Betonung des Wortes Person, d. h. Rechtssubjekt sein. Ist das unmöglich, dann versagt die Jellinek'sche Organtheorie bei unserem Problem. Notgedrungen wird man also durch die Anwendung der Jellinekschen Theorie auf unser Problem zu einer Leugnung der Theorie vom Prozeß als Rechtsverhältnis veranlaßt.

Mit dem Gegner dieser Theorie, z. B. Kisch[122]), müßte man dabei etwa folgendermaßen argumentieren: Die Parteien sind sich kraft des Prozesses zu nichts verpflichtet. Alle Verpflichtungen ergeben sich aus dem Rechtsverhältnis, das den Prozeßgegenstand bildet. Die Parteien sind aber auch dem Gerichte zu nichts verpflichtet, wozu sie nicht schon ohne Prozeß verpflichtet gewesen wären. Die Pflicht, sich den staatlichen Maßnahmen — Verfahrensleitung, Urteil, Vollstreckung — zu unterwerfen, bestand schon immer; sie ist nichts anderes als die allgemeine „Gehorsams"pflicht gegenüber dem Staate. Auch durch den das Verfahren beendigenden Spruch werden den Parteien keine neuen Pflichten auferlegt und keine neuen Rechte begründet; es wird nur ausgesprochen, was vorher schon verlangt werden konnte. Das Gericht endlich hat kein Recht eine Sache zu entscheiden; der Strafanspruch z. B. steht nicht dem Gerichte, sondern dem Staate zu. Das Gericht hat auch den Parteien gegenüber keine Pflicht, eine erkennende Tätigkeit auszuüben; lediglich der betreffende Beamte ist kraft seines Anstellungsvertrags gehalten, die ihm auferlegten Amtspflichten wahrzunehmen und nach den aufgestellten Normen zu entscheiden. Schließlich wird die Partei durch den Prozeß nicht verpflichtet zu handeln; sie hat lediglich die Möglichkeit durch Handlungen event. Vorteile zu erwerben oder Schädigungen von sich abzuwenden[123]).

Danach gäbe es also keine durch das Verfahren begründeten Rechte und Pflichten der Parteien untereinander oder im Verhältnis zum Gerichte; das Organ braucht nicht Träger eines eigenen Prozeßrechtsverhältnisses zu sein. Man bezeichnet entsprechend den Prozeß als eine Mehrheit von Handlungen, legt also das Gewicht mehr auf das dynamische Element, im Gegensatz zur

---

Ortloff, a. a. O., S. 304; Nagler, Parteibegriff, S. 116 ff; v. Beling, Enzykl. V, S. 149. Nach Mittermaier, S. 164, ist Prozeßrechtsverhältnis „das öffentlich rechtliche Verhältnis zwischen zwei Parteien und dem Richter zur gegenseitigen Berechtigung und Verpflichtung, ein zwischen den Parteien behauptetes Rechtsverhältnis durch die Mitwirkung der Parteien und den Richterspruch zu verwirklichen". Nach M. ist der Prozeß kein Rechtsverhältnis, aber es gibt Prozeßrechtsverhältnisse. Die Verwerfung der Theorie vom Prozeßrechtsverhältnis läßt sich für den Zivilprozeß zweifellos rechtfertigen. Aber wohl auch nur für den Zivilprozeß. Im Strafprozeßrecht z. B. gibt es unbestritten gewisse Rechte und Pflichten der Parteien kraft des Prozesses, z. B. Erscheinungspflicht des Angeklagten. Das muß berücksichtigt werden, wenn im folgenden ein konstruktiver Aufbau mit der Gegenmeinung versucht wird.

[122]) Kisch, deutsches Zivilprozeßrecht, S. 11 ff., insbes. S. 19.

[123]) Auch nach anderen ist ein mögliches Handeln scharf auseinanderzuhalten von einer bestimmten Pflicht zu handeln. Vgl. u. a. M. E. Mayer, Rechtsphilosophie, S. 8; ferner Tuhr, Allgemeiner Teil des BGB, in Kohlrauschs Enzyklopädie: „In ungenauem Sprachgebrauch wird oft als Pflicht bezeichnet ein Verhalten, das jemand als Voraussetzung, Erwerb, Wahrung oder Ausübung eines Rechtes vorgeschrieben ist. So spricht man z. B. von Pflichten des Gläubigers aus §§ 777 oder 1237, von einer Inventarpflicht des Erben, von einer Pflicht des Geschädigten zur Abwendung oder Minderung des Schadens. (§ 254). Die Befolgung solcher Vorschriften liegt im eigenen Interesse des betreffenden Menschen; aus der Nichtbefolgung entstehen für ihn Nachteile, aber nicht die für die Pflichtverletzung charakteristische Schadenersatzpflicht". Zu vgl. ist auch die öfters gebrauchte Analogie mit der Möglichkeit zu essen und zu schlafen; es gibt keine entsprechende Pflicht. Ausflüsse der persönlichen Handlungsfähigkeit, Lebensbetätigungen dürfen nicht mit „Rechten" verwechselt werden.

Theorie vom Prozeßrechtsverhältnis, die, da Rechtsverhältnis Zustand ist, mehr das statische betont[124]).

II. Wir haben oben in § 15 das Problem der Entscheidung über eigene Rechtsverhältnisse aufgeworfen; zu Ende führen können wir den dort begonnenen Gedanken erst jetzt, im Zusammenhang mit dem Organproblem.

Das Zusammenwirken von Gericht auf der einen und Staatsorganen als Parteien auf der anderen Seite erklärt sich in Weiterbauung der Jellinekschen Theorie folgendermaßen: Ein Organ hat die Zuständigkeit, Rechte des Staates im Verfahren geltend zu machen, ein anderes hat die Zuständigkeit, darüber zu entscheiden. Die Aufgaben der beiden Organe sind in gewissem Sinn gegensätzlich geartet. Noch mehr tritt die Gegensätzlichkeit zutage, wenn ein Organ einen Konflikt zwischen zwei anderen entscheidet (s. unten!)

Indessen ist eine solche Aufgabenverteilung in dem Zusammenwirken der Staatsorgane überhaupt keineswegs etwas Auffallendes. Oft hat ein Organ die Aufgabe im Dienstaufsichtswege Anordnungen anderer Staatsorgane aufzuheben, zu bestätigen oder abzuändern, auch ohne Anrufung der Beteiligten[125]). So kann auch ein Organ die Zuständigkeit haben, über ein ihm nicht von vorneherein untergeordnetes Organ zu urteilen, d. h. einen Anspruch oder eine Schuld des Staates, die zum Zuständigkeitskreis gerade dieses Organ gehört, autoritativ auszusprechen. Das Entscheiden des Staates über das Vorbringen eines Staatsorgans ist also nichts anderes als eine zum Zwecke der geeignetsten Normvollziehung vorgenommenen Zuständigkeitsverteilung der dem Staate obliegenden Aufgaben. Daß sich gegen die vom Staate vorgenommene Selbstentscheidung über eigene Rechtsverhältnisse theoretische Bedenken nicht vorbringen lassen, wurde oben (§ 15) nachzuweisen versucht. Demnach steht vom Standpunkt der hier vertretenen Theorie nichts im Wege, den Staat, der in einem Organ entscheidet, gleichzeitig in einem anderen als Partei auftreten zu lassen. Schwierigkeiten bietet die Tatsache, daß zuweilen auf beiden Parteiseiten Staatsorgane erscheinen. In diesen Fällen stehen nach dem ersten Anschein zwar zwei formelle Parteien einander gegenüber, aber materielle Partei wäre beiderseitig der Staat. Der Staat würde Rechte gegen sich selbst geltend machen und sich gegebenenfalls selbst verpflichtet sein; das wäre unmöglich. In Wirklichkeit läßt sich auch diese Erscheinung unter Aufrechterhaltung der beiden Parteibegriffe mit der Jellinekschen Theorie erklären. Es prozessiert nicht der Staat gegen sich selbst, sondern ein Organ mit dem anderen. Die beiden Organe sind unzweifelhaft formelle Parteien in dem oben angegebenen Sinn. Liegt nun dem Verfahren ein materiell-rechtliches Rechtsverhältnis als Gegenstand und Zweck zugrunde, so ist Träger dieses Verhältnisses hüben und drüben der Staat. Wenn aber in einem Rechtsverhältnisse der Berechtigte und der Verpflichtete das gleiche Rechtssubjekt ist, wenn also Recht und Pflicht in derselben Person zusammentreffen, so erlischt sowohl das Recht wie die Pflicht. Das materielle Rechtsverhältnis verschwindet. Einem Streit zwischen Staat und Staat, Organ und Organ, kann also überhaupt kein Rechtsverhältnis zugrunde liegen; es müßte vor dem Beginn des Verfahrens schon untergegangen sein. Es handelt sich also in diesen Fällen gar nicht um einen Streit über Rechte und Pflichten;

---

[124]) Vgl. die Definition eines rechtlichen Verfahrens in § 1 der Arbeit. Sowie Mittermaier, a. a. O. S. 160 ff.

[125]) Eine anders geartete Aufgabenverteilung zum Zwecke der Fortführung der Handlung des einen Organs liegt vor, wenn ein Organ einen Anspruch festsetzt, ein anderes ihn vollstreckt.

es gibt keine materiellen, sondern nur formelle Parteien. Der „Prozeß" ist lediglich ein Zuständigkeitsstreit. Die Kompetenz des einen Organs greift in die des anderen über, wirklich oder angeblich; über ihre Grenzen entsteht der Konflikt. Dieser wird in den Formen eines rechtlichen Verfahrens ausgetragen. Der Staat weist seinen Organen formell Parteirollen zu[126]). „Alle Rechtsstreitigkeiten" zwischen Organen „sind Zuständigkeitsstreite innerhalb halb ein und desselben Rechtssubjekts. Es sind Streitigkeiten über objektives, nicht über subjektives Recht."

Dieses letzte Zitat zeigt, daß die hier entwickelten Gedanken ganz in der Linie der Jellinekschen Auffassung liegen.

Oben (§ 16) wurde die Identität von Staat und Fiskus hervorgehoben. Die zwei in einem rechtlichen Verfahren möglicherweise einander gegenüberstehenden stationes fisci sind nichts anderes als Organe mit verschiedenen Zuständigkeiten. Da Organe nicht Rechtssubjekte sind, können Konflikte dieser Art (mit Forstämtern, Postdirektionen, früher auch Eisenbahnbetriebsämtern usw. als Parteien) nicht im Zivilprozeß ausgetragen werden (vgl. ZPO. § 50); zudem würde mangels eines Rechtsverhältnisses gar kein Prozeßgegenstand vorliegen. Die Austragung dieses Zuständigkeitsstreits erfolgt daher im Verwaltungswege.

Wenn man auch mit Jellinek ziemlich weit kommt in der Erklärung des uns hier beschäftigenden Problems, so kann man das nur, wenn man sich einige recht bestrittene Theorien zu eigen macht; gerade die Notwendigkeit der Ablehnung der Theorie vom Prozeß als Rechtsverhältnis, die in der prozessualen Literatur fast allgemein vertreten wird, muß auffällig erscheinen. Schließt man sich aber in diesem Punkte der herrschenden Meinung an, dann muß das auf der Theorie Jellineks aufgebaute Gebäude zusammenbrechen.

b) Konstruktion mit Rechtspersönlichkeit der Organe
§ 21.

Wenn wir uns nach einer anderen Erklärung umsehen, die diesen Mangel nicht an sich hat, so gehen wir dabei von rückwärts aus; wir bejahen von vorneherein die Existenz prozessualer Rechte und Pflichten, also auch prozessualer Rechtssubjekte. Die nächste Folge ist, daß das Organ mindestens prozessuale Rechte und Pflichten haben muß.

I. Bei der Beantwortung der nunmehr abermals auftauchenden Frage, ob dem Organ Persönlichkeitseigenschaft neben der Staatsperson zukomme, folgen wir diesmal den Spuren Kelsens[127]). Person bedeutet auch Rechtspflichtsubjekt. Nach Kelsen sind die Untertanen der Rechtsordnung gegenüber in erster Linie Pflichtsubjekte. Kelsen untersucht nun, ob die Rechtsordnung dem Organ nicht irgendeine Verpflichtung auferlege; in diesem Falle wäre das Organ Träger eines Pflichtverhältnisses, also Rechtssubjekt. Ein Satz, der eine Pflicht statuiert, ist ein Rechtssatz. „Die Grundfrage, auf die das Problem der Organpersönlichkeit zurückzuführen ist, geht dahin, ob die Normen, durch welche die Stellung der Staatsorgane .... festgesetzt werden, Rechtssätze sind oder nicht[128])." Daher leugnen die Gegner der Organpersönlichkeit Rechtspflichten der Organe und lassen nur „Amtspflichten der Organ-

---

126) Jellinek, Allg. Staatsl., S. 560.
127) Hauptprobleme, S. 514 ff.
128) A. a. O., S. 522.

träger" gelten. Das geht indessen nach Kelsen fehl[129]); denn die Rechtssubjektivität der Institution wurde von keiner Seite behauptet.

Die Kelsensche Konstruktion basiert auf einer Unterscheidung zwischen jenen Rechtssätzen, die die Rechtspflicht des Staates zu einer bestimmten Tätigkeit aussprechen, und jenen anderen, nach welchen diese Pflichten durch die Organträger realisiert werden sollen. Es besteht also: 1. ein Rechtssatz, daß der Staat einen Verbrecher unter gewissen festgelegten Bedingungen bestrafe; 2. ein Rechtssatz, daß eiu Staatsorgan zur Verwirklichung dieses Satzes verpflichtet sei. Der zweite Satz spricht zugleich die Disziplinarunrechtsfolgen für den Fall der Nichtbefolgung aus. „Der Disziplinarrechtssatz ist es, der in seiner Subjektivierung die Rechtspflicht des Staatsorganes bedeutet[130])". In bezug auf den ersten Rechtssatz kann das Staatsorgan als Pflichtsubjekt nicht in Frage kommen. „In dem den Staatswillen realisierenden Organ handelt der Staat selbst[131])." Wohl aber steht das Staatsorgan in einem Verhältnis zum Disziplinarrechtssatz, der ihm die Pflicht der Befolgung auferlegt. Dadurch wird das Organ Rechtssubjekt. Vom formal-juristischen Standpunkt aus nimmt das Organ als Pflichtsubjekt dieses zweiten Rechtssatzes die gleiche Stellung ein, „wie die Untertanen als Subjekte aller ihrer Rechtspflichten im Verhältnis zu den diese Rechtspflichten statuierenden Rechtssätzen[132])."

Bezeichnend für Kelsens Organtheorie ist also die Unterscheidung von Rechtspflichten des Staates und Rechtspflichten der Staatsorgane[133]); das deckt sich nicht mit der bekannten Unterscheidung in Rechtsbefolgungs„imperative" und Rechtsanwendungs„imperative". Daß Kelsen außerdem Übereinstimmung zwischen Organschaft und Stellvertretung annimmt (vgl. oben), ist in diesem Zusammenhang weniger bedeutsam[134]).

Überträgt man diese Gedanken auf das Zusammenwirken von Gericht und Staat als Partei im Verfahren, dann ergibt sich: Die materielle Partei ist das Pflichtsubjekt des ersten Rechtssatzes, der den Inhalt des Staatswillens ausspricht; es ist der Staat selbst als Person. Formelle Partei ist das Pflichtsubjekt des zweiten Rechtssatzes, durch den der Wille des Staates zur Ausführung gebracht wird; es ist das Organ. Der Gegensatz von materieller und formeller Partei gewinnt von hier aus eine neue Beleuchtung. Formelle Partei ist der Träger von Rechtspflichten ganz anderer Art als die materielle Partei; daher ist auch die Verteilung der Eigenschaften unter verschiedene Rechtssubjekte möglich.

---

[129]) A. a. O., S. 523. Zum folgenden vgl. die ganz andere Stellungnahme von Somló, a. a. O., S. 502 ff., insbes. die Anmerkungen.

[130]) A. a. O., S. 527. [131]) A. a. O., S. 528. [132]) A. a. O, S. 530.

[133]) A. a. O., S. 706: „Das Verhältnis des Staatsorgans zur Rechtsordnung wurde hier in der Weise analysiert, daß zwei Arten von Rechtssätzen unterschieden wurden; jene, die den Staat zu einem bestimmten Verhalten verpflichten und zu deren Realisation das Organ berufen ist und jene, die das Organ verpflichten . . . . . die Rechtssätze der ersteren Art auszuführen. Es wurde erkannt, daß das Organ im Verhältnis zu den Rechtssätzen zweiter Art als Endpunkt der rechtlichen Zurechnung als Subjekt von Pflichten (resp. von Rechten) Person sei, daß es dagegen im Verhältnis zu den Rechtssätzen erster Art, die es realisiert) nur als Durchgangspunkt der rechtlichen Zurechnung, also ohne Persönlichkeit erscheint".

[134]) Vgl Hauptprobleme. S. 693—709. Etwas völlig anderes als diese Unterscheidung der beiden Rechtssätze ist die Zerlegung des Strafrechtssatzes in eine Norm und ein Strafgesetz durch Binding, Normen I, S. 9, 19 ff. Darüber eine umfassende strafrechtliche Literatur. Ablehnend z B. Binder, Rechtsnorm und Rechtspflicht, S. 25 ff. M. E. Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, S. 6 ff., 32, insbes. das Kapitel; „Die falsche Adresse der Rechtsnormen".

Das Ergebnis: materielle Partei — Staat, formelle Partei — Organ, ist das gleiche wie bei Jellinek. Aber bei Kelsen ist die formelle Partei Rechtssubjekt, der Prozeß ist ein Rechtsverhältnis, d. h. ein Verhältnis von Pflichten ganz bestimmter Art seitens des Organs der Rechtsordnung gegenüber. Die Prozeßrechtssätze regeln das Verhalten des Organs bei Realisierung der dem Staate obliegenden Pflichten und Rechte.

Daß ein Organ des Staates „über" ein anderes entscheiden kann, gilt hier ebenso wie bei der Jellinekschen Theorie (s. oben!). Der Disziplinarrechtssatz des einen Organs legt diesem die Pflicht auf, eine Tätigkeit zu entfalten, die sachlich betrachtet, eine Entscheidung über ein anderes Organ darstellt. Ist auf beiden Seiten der Staat Partei, so handelt es sich im wesentlichen um das gleiche wie oben, nämlich einen Streit, dem ein als Gegenstand zugrundeliegendes Rechtsverhältnis wegen Identität von Rechtssubjekt und Pflichtsubjekt mangelt. Man wird hier allerdings nicht von einem Zuständigkeitsstreit sprechen, sondern ihn als Streit über die Frage bezeichnen, wessen Rechtspflicht vorgehen soll, die des einen oder anderen Organs. Es kommen in diesem Verfahren nur Rechtssätze zweiter Ordnung im Sinne Kelsens zur Anwendung, eine Tatsache, die wir in anderer Terminologie gekennzeichnet haben mit den Worten: Es ist ein formeller Streit, nicht ein Streit über materielle Rechte.

Wenn also auf beiden Seiten Private (d. h. nichtstaatliche Personen) die Parteirollen innehaben, so liegt dem Verfahren ein Streit über Rechtsverhältnisse der ersten Ordnung zugrunde. Ebenso, wenn auf einer Seite der Staat, auf der anderen ein anderes Rechtssubjekt, dessen Handlungen ihm nicht zugerechnet werden, beteiligt ist. Ist dagegen auf beiden Seiten der Staat Partei, dann ist der Streitgegenstand ein Rechtsverhältnis der zweiten Ordnung. Die beiden ersten Arten unterscheiden sich daher von der dritten Kategorie nicht nur prozessual hinsichtlich des äußeren Verfahrensverlaufes — wie man zunächst annehmen möchte —, sondern auch inhaltlich bezüglich dessen, um das sich das Verfahren dreht. Auch der Prozeßgegenstand ist in den beiden Prozeßarten ein verschiedener.

Abgesehen von dieser für den Zweck unserer Arbeit wichtigen Erkenntnis kommen wir in Verfolgung des Kelsenschen Gedankens nach einer anderen Richtung zum Begriff des „beschränkten" Rechtssubjekts. Allein das ist weder in der juristischen Literatur etwas Neuartiges[135]), noch steht es in Widerspruch mit dem oben anläßlich des Fiskusproblems über den Begriff Rechtssubjekt Dargestellten. Es gibt Rechtssubjekte eines Teilrechtsgebietes (Handelsrecht, Steuerrecht) und Rechtssubjekte, die nur zur Innehabung einer bestimmten Art von Rechten und Pflichten fähig sind: das Organ stellt ein solches Subjekt der letzteren Art. Die beiden Arten sind nicht Gegensätze, fallen vielmehr unter denselben Oberbegriff; aber die zweite Art ist noch enger beschränkt, die erste wenigstens für ein Zweiggebiet grundsätzlich umfassend.

Im Grunde genommen sind alle Rechtssubjekte mehr oder minder beschränkt; auch die, bei denen die Grenzen im Einzelfall sehr weit gesteckt sind, sind nicht allumfassend[136]), abgesehen vom Staat.

---

[135]) Vgl. besonders Nawiaski, BayrVerfR., S. 242, 244.

[136]) Nawiasky, a. a. O., S. 245: „Es gibt . . . . zweierlei juristische Personen des öffentlichen Rechts, solche, die zugleich privatrechtsfähig sind und solche, bei denen die Privatrechtsfähigkeit fehlt. Wenn man die letzteren als beschränkt rechtsfähig bezeichnen wollte, würde man übersehen, daß bei den als juristische Personen bezeichneten Einrichtungen

II. Bei der Anwendung der Kelsenschen Theorie auf die Erklärung der Erscheinungen eines rechtlichen Verfahrens, wurde aufgebaut auf seiner in den „Hauptproblemen" entwickelten Lehre. Inzwischen hat Kelsen seine dort dargestellten Gedanken wesentlich modifiziert, namentlich in der Frage des Verhältnisses der Rechtsordnung zum Staate[137]). Die scharfe Scheidung der empirisch-kausalen Realität von der normativen Idealität in bezug auf Recht und Staat, die ihn zu einer Ablehnung des Staates als einer dem Reich des Seins angehörenden substantiellen Wirklichkeit im Sinn der in unmittelbarer Wechselwirkung sich befindenden Menschengesamtheit führt, veranlaßt ihn in schließlicher Auswirkung zu einer Identifizierung von Staat und Rechtsordnung. Ob man von dem ohne Zweifel richtigen Ausgangspunkt Kelsens mit ihm bis zu seinen letzten Konsequenzen gehen will, ist hier nicht zu prüfen[138]). Für unsere Untersuchung handelt es sich nicht um Wertung der Doppelnatur des Staates in juristischer und soziologischer Hinsicht, sondern um seine Doppelnatur als Rechtsordnung und als Rechtsperson.

Nach Auffassung Kelsens sind die Eigenschaften des Staates als Rechtsordnung und als Rechtsperson nicht nur nebeneinander möglich, sondern sie fallen zusammen: eben weil der Staat Person ist, ist er Rechtsordnung und umgekehrt. „Es ist durchaus richtig, daß der Staat als juristische Person ebenso Rechte und Pflichten hat wie eine physische Person. Aber der Sinn dieses Satzes kann ohne Entgleisungen in Hypostasierungen nur erfaßt werden, wenn die von der Rechtsordnung zwar postulierte, aber bisher noch nicht realisierte Einheit des Begriffs der Rechtsperson, die Wesensgleichheit und damit die Unhaltbarkeit des heute noch angenommenen Unterschieds der sog. ‚physischen' und der juristischen Person klargelegt ist." „Die Rechtsperson oder das Rechtssubjekt, — die physische wie die juristische —, ist die aus Gründen der Veranschaulichung vollzogene anthropomorphe Personifikation eines Rechtsnormenkomplexes, die Person des Staates ist die Personifikation der Gesamtrechtsordnung, die übrigen Personen Personifikationen von Teilrechtsordnungen, Normenkomplexen, deren Abgrenzung, deren Individualisierung von wirtschaftlichen, religiösen, kurz rechtsinhaltlichen Gesichtspunkten aus erfolgt." „In der Person tritt der Rechtsordnung nicht eine andersartige Wesenheit gegenüber, wie die Hypostasierung in der herrschenden Lehre vortäuscht, sondern die Person ist ein Stück der Rechtsordnung selbst oder die Rechtsordnung als Ganzes." „In dem Urteil: Eine Person.... ist verpflichtet, ‚hat' eine Pflicht, kommt somit nichts anderes zum Ausdruck als die Zurechnung eines konkreten Normeninhalts zu der personifizierten Einheit des Normensystems: es ist die Aussage, daß ein bestimmter Inhalt in dem spezifischen Einheitsbezug einer Rechtsordnung, sei es einer Teil- oder Gesamtrechtsordnung, steht"[139]).

Es liegt außerhalb des Rahmens unserer Aufgabe, mit Kelsen in Auseinandersetzungen über seine im „Soziolog. und Jurist. Staatsbegriff" entwickelten Lehren einzutreten. Um jedoch zu zeigen, daß eine Lösung unseres

---

eine allgemeine, alle Teile des privaten und öffentlichen Rechts umfassende Rechtsfähigkeit überhaupt nicht von Hause aus gegeben sein kann, daß vielmehr auf jedem Einzelgebiet über ihre Eignung, Träger subjektiver Rechte und Pflichten zu sein, besonders bestimmt ist". Ferner Nawiasky, a. a. O., S. 244: Die Personeneigenschaft reicht nur soweit „als Rechtspflichten und subjektive Rechte vorgesehen sind, die auf bestimmte Rechtserscheinungen als ihr Subjekt bezogen, ihnen als Subjekt zugeschrieben werden".

[137]) Kelsen, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 1922.

[138]) Vgl. v. Beling, Revolution und Recht, S. 24/25.

[139]) Kelsen, a. a. O., S. 134/135.

Problems nicht nur möglich ist mit seinen „Hauptproblemen", sondern auch mit seinen später dargelegten, so außerordentlich verschiedenartig anmutenden Gedanken, soll noch folgendes angefügt werden.

Zunächst scheint es aussichtslos zu sein, mit dieser Theorie Kelsens bei der Stellung des Staates im rechtlichen Verfahren zu einem Ergebnis zu gelangen. Ein Gesamtnormenkomplex, der seinerseits bindend entscheidet über einen Gesamtnormenkomplex, ist scheinbar ein unmöglicher Gedanke. Trotzdem ist die Fortführung der Kelsenschen Theorie nicht unfruchtbar. Wir haben bisher ein Rechtssubjekt aufgefaßt als den Träger von subjektiven Rechten und Pflichten. Ein Normenkomplex ist etwas Objektives. Wo liegt hier der vermittelnde Übergang?[140]). Die Norm ist etwas Abstraktes, das subjektive Recht etwas Konkretes; zum Wesen des subjektiven Rechts gehört die Konkretisierung. Ja das subjektive Recht ist nichts anderes als eine „konkretisierte Norm". Jedes subjektive Recht wäre — in Anlehnung an Kelsens höchst eigenartige Ausdrucksweise — eine „Norm", von einem anderen Standpunkt aus betrachtet. Ein Rechtssubjekt ist der Träger einer Mehrheit von subjektiven Rechten und Pflichten, daher von „konkretisierten Normen", — nach der Terminologie Kelsens ein „Teilnormenkomplex"; Rechtssubjekt ist daher Rechtsordnungssubjekt. Der Staat als Ganzes ist das Umfassende, der Gesamtkreis. Innerhalb dieses Kreises liegen zahllose konzentrische Kreise, die Teilnormenkreise. Man kann noch weitergehen und sagen, auch der Staat sei eine Teilrechtsordnung, ein Kreis innerhalb eines anderen Hauptkreises, der Völkerrechtsordnung.

Der Pflichtenkreis der Organe ist eine Teilrechtsordnung; sie ist die Summe der mit dem Ausdruck Disziplinarrechtssätze bezeichneten Normen. Die „Rechtsordnung" des Individuums ist ein Teil der staatlichen Gesamtrechtsordnung, die des Organs ebenso. Die Organe sind dem Staate genau so eingeordnet wie das Individuum; sie unterscheiden sich rechtlich in nichts vom Individuum — ein neuer Beweis für die von Kelsen so scharf betonte Identität von Organ und Organträger.

Wenden wir diese Überlegung entsprechend der unter II. angedeuteten Weise auf den Staat als Gericht, Partei usw. an, so gewinnen wir das gleiche Ergebnis wie oben; nur die Terminologie ist gegenüber oben eine andere geworden:

Der Gesamtnormenkomplex umschließt die von dem Organ zu verwirklichenden Rechtssätze erster Ordnung; das Organ ist die Disziplinarrechtsordnung. Der Prozeß ist ein Verhältnis von Pflichten und Rechten ganz bestimmter Art. Die Prozeßrechtssätze regeln das Verhalten des Organs bei Durchführung der Pflichten des Staates. Das Organ ist auch hier formelle, der Staat ist materielle Partei. Beide sind Rechtsordnungen, also Rechtssubjekte.

Ein Organ entscheidet wieder über ein anderes, d. h. stellt die konkretisierten subjektiven Rechte fest, verwandelt sie in abstrakte Normen. Wenn als Kläger und als Beklagter ein Staatsorgan am Verfahren beteiligt ist, so liegt dem Verfahren in erster Linie nicht eine Rechtsnorm des Gesamtnormenkomplexes zugrunde, sondern eine Norm der Teilrechtsordnung Organ: Der Streit ist ein formeller — ein Zuständigkeitsstreit, würde Jellinek sagen.

---

[140]) Vgl. über objektives und subjektives Recht: Nawiasky, „Forderungs- und Gewaltverhältnis", S. 22.

III. Wenn wir Kelsen, sowohl in seiner ersten wie in seiner zweiten Ausdrucksweise, vergleichen mit Jellinek, den wir ihm oben scharf entgegengestellt haben, so sehen wir, daß die Konstruktion von beiden im Grunde auf dasselbe hinausläuft. Nur die Terminologie ist bei beiden eine vollkommen andere. Jellinek geht vom Gesichtspunkt der Aufgabenverteilung aus und kommt so zur Ablehnung der Organperson, zur Lehre von den Zuständigkeiten der Organe usw. Kelsen baut auf der Rechtspflicht auf und kommt zur Identität von Organ und Organträger, zur Subjektivität der Organe usw. Indessen macht es wohl terminologisch, nicht aber konstruktiv einen Unterschied, ob man beispielsweise sagt, die Vollziehung bestimmter Normen gehört zur Zuständigkeit eines Staatsorgans, oder durch die Disziplinarrechtssätze (Rechtssätze zweiter Ordnung) wird ein Organ angewiesen, Normen bestimmter Art (Rechtssätze erster Ordnung) zu realisieren. So endet die Darlegung der Gegenmeinungen schließlich in einer inneren Vereinigung der beiden Theorien.

IV. Bisher war nur die Rede vom Verhältnis der formellen Partei zur materiellen, wenn diese der Staat und jene ein Organ desselben Staates ist. Es gibt indessen auch Fälle, in denen formelle Partei ein Organ eines anderen Staates ist als jenes Staates, der materielle Partei ist. (Siehe oben Beispiel von v. Beling!). Hier verhält es sich in Fortführung der entwickelten Gedanken folgendermaßen: Der Imperativ an das Staatsorgan lautete bis jetzt: „Du sollst den staatlichen Anspruch im Prozeß geltend machen"; dieser Anspruch stand jenem gleichen Staat zu, an dessen Organ der Imperativ erging. Nunmehr steht er einem anderen Staate zu. Die Brücke stellt ein weiterer Imperativ dar vom anspruchsberechtigten Staat A gegenüber dem Staat B, wonach der Staat B an bestimmte Organe von ihm selbst den Befehl zu erlassen hat: „Macht den Anspruch des Staates A prozessual geltend!" Die Berechtigung zu diesem Imperativ des einen Staates an den andern leitet sich in dem genannten Beispiel aus einem den Staat B bindenden Gesetz des Staates A ab — (das Reichsgesetz bindet das Land). In anderen Fällen kann sie auf einem völkerrechtlichen Vertrag zwischen den beiden Staaten beruhen. Jedenfalls ist die Beziehung in keiner Weise prozessual.

V. Die konstruktive Erklärung der Beispiele des § 11 (s. oben!) bereitet keine Schwierigkeit: Da der Staat als Person rechtlich dem Untertanen gleichgeordnet ist, sind zwei Staaten in jedem Fall — juristisch — auch gegenseitig gleichgeordnet. Wenn ein Staatsorgan vor dem Gericht des eigenen Staates Partei sein kann, um wieviel mehr vor einem Gericht eines anderen Staates. Da bei einem Rechtsstreit zwischen zwei Staaten dem Verfahren ein materielles Rechtsverhältnis zugrunde liegen kann, braucht er nicht ein Zuständigkeitsstreit zu sein. Es kann vielmehr ein gewöhnlicher Prozeß zwischen zwei Rechtssubjekten sein.

Ist von einem Staat gleichzeitig ein Organ Gericht und ein anderes Partei — während hinter der anderen Partei ein zweiter Staat steht — so gilt sinngemäß das in § 19 Gesagte.

§ 22. Der Staat als Vertreter des öffentlichen Interesses.

Von der Figur J, die wir im § 2 als etwas Fragwürdiges eingeführt haben mit der Voraussage, sie später nach einer Reihe von notwendigen Untersuchungen wieder aufzulösen, haben wir schon im ersten Teil der Ar-

heit an verschiedenen Stellen, insbesondere beim Strafprozeß, andeuten müssen, daß sie nichts anderes als P_1 und P_2 sei; diese Ahnung mußte in der Übersicht des § 18 bestätigt werden. Im Anschluß an das Beispiel von v. Beling wurde offen vom Staatsanwalt als „formeller Partei" gesprochen.

Es gibt — wie erwähnt — im Prozeß einmal die erkennende Behörde, dann Parteien, und endlich Gehilfen der einen oder anderen Rolle. Die zweite Gruppe kann wieder zerlegt werden in Hauptparteien und in sogen. Nebenparteien. Als Beispiele für letztere sind zu nennen: der Nebenintervenient ZPO. § 66; der infolge Streitverkündung im Zivilprozeß Beigetretene, ZPO. § 72; der Nebenkläger des Strafprozesses; der „nicht notwendig Beteiligte" des bayerischen Verwaltungsprozesses; der Beigeladene des preußischen Verwaltungsstreitverfahrens[141]). Dies muß vorausgeschickt werden.

Die Voraussetzung zur Erkenntnis des wahren Wesens von J ist die scharfe Ausscheidung aller materiellen Bestandteile, die Wegdenkung aller staatsrechtlichen Aufgaben aus dem Aufgabenkreis des betreffenden Organs, und die Herausschälung des reinen, prozessualen Kerns. Wir unternehmen das, weil es hier am deutlichsten wird, zunächst im Strafprozeßrecht.

Der Gegenstand des Strafverfahrens ist ein konkretes Strafrechtsverhältnis. Dieses ist ein Rechtsverhältnis von derselben Struktur wie ein solches des bürgerlichen Rechts. Der Unterschied zwischen dem privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen besteht nicht im Bau, sondern im Inhalt. Die Verschiedenheit dessen, **was** gefordert werden kann, macht den Gegensatz aus[142]). Wie man unterscheidet zwischen dem materiellen privatrechtlichen Rechtsverhältnis und dem öffentlichrechtlichen Verfahren des Zivilprozesses, so muß auch das öffentlichrechtliche Strafrechtsverhältnis getrennt werden von dem abermals öffentlichrechtlichen Verfahren des Strafprozesses. „Das subjektive Rechtsverhältnis" und „die Funktion der Verwirklichung" bilden „zwei begrifflich getrennte Rechtsbeziehungen"[143]). Die verschiedenen Prinzipien des Strafprozesses sind ihrer Natur nach teils staatsrechtlich: Opportunität — Legalität, Offizial- und Anklageprinzip; teils prozeßrechtlich: Inquisitions- und Anklageformprinzip[144]).

Das „öffentliche Interesse", das das Staatsorgan verfolgen muß, und wonach ihm der Name gegeben wurde, den auch wir hilfsweise übernommen haben, ist im materiellen Rechtsverhältnis enthalten; der **Inhalt** eines Rechtsverhältnisses ist anders, wenn der Staat, als wenn ein Privater den Anspruch hat. J war also in einer prozeßrechtlichen Untersuchung ein Fremdkörper, eine **Sach**beziehung.

Dasselbe wie vom strafrechtlichen Rechtsverhältnis gilt von jedem anderen öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnis, das scharf von dem entsprechenden Verfahren zu trennen ist.

Neben der im 1. Teil J genannten Figur trat im Verfahren entweder nur **eine** Partei auf — Beispiele oben § 4, Ziff. 2; § 8, Ziff. 2; § 9, Ziff. 2 — oder es kamen zu ihr zwei weitere Parteien, — Beispiele oben § 4, Ziff. 3; § 8, Ziff. 1; § 9, Ziff. 1. —

---

[141]) Vgl. v. **Beling**, Lehrbuch; **Süß**, 202; **Glaser** II, 217; auch **Fräb**, S. 42 ff., über „Nebenparteien".
[142]) **Mittermaier**, a. a. O., S. 24.
[143]) Ebenda, S. 33; vgl. auch ebenda S. 37/38, 80, 84.
[144]) Vgl. **Mittermaier**, S. 45 ff.

Im ersten Fall nimmt J die typischen Prozeßhandlungen einer Partei vor. Er ist nach meiner Auffassung (s. oben!) selbst Partei und zwar formelle Partei, speziell formelle Hauptpartei.

Auch im zweiten Fall fasse ich J, entsprechend den bisherigen Erörterungen, als formelle Partei auf, aber als formelle Nebenpartei (siehe § 22 eingangs!).

Da nun die Hilfsfigur J stets Partei ist, findet das oben § 19—21 Ausgeführte auch auf sie sinngemäße Anwendung; J wurde an einigen Stellen dortselbst auch schon in Betracht gezogen. Es würde zu Wiederholungen führen, wollte man die ganze Konstruktion nochmals durchführen; siehe §§ 20, 21!

Die Behörden, die wir schon im ersten Teil als P_1 und P_2 bezeichneten, haben übrigens nicht minder „öffentliche Interessen" zu verfolgen, wie die „J" genannten Behörden. Das beruht auf der Zweckaufgabe des Staates. Soweit besteht auch nach dieser Richtung kein Unterschied. Ebenso ist zu betonen, daß das Gericht durch seinen Erkenntnisspruch auch „öffentliche Interessen" verfolgt.

Es macht auch hier bei allen Organen, die „öffentliche Interessen" zu verfolgen haben, keinen Unterschied, ob man sagt, die Wahrnehmung der Interessen gehört zur Zuständigkeit dieses Organs (Jellinek, siehe oben § 20!) oder die Disziplinarrechtssätze weisen dieses Organ an, die Normen, die der Staat zum Zwecke der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung erlassen hat, zu realisieren (Kelsen, s. oben § 21!).

Dritter Teil.

§ 23. Die Aufgabe der rechtspolitischen Untersuchung.

In der Einleitung wurde erwähnt, daß der Darstellung des positiven Rechtszustands als 1. Abschnitt und der theoretischen Erklärung des Gegebenen als 2. Abschnitt ein kurzer, rechtspolitischer Würdigungsversuch angereiht werden soll. Dort wurde auch die Frage von Zweck und Ziel eines solchen Versuchs berührt.

Die beiden ersten Abschnitte hatten es zu tun mit einem seienden Sollen, der dritte soll sich beschäftigen mit einem seinsollenden Sollen. Auch eine Untersuchung vom Recht, wie es sein soll, gehört zur Wissenschaft. Wenn man zu einem Urteil über das Recht kommen soll, muß man seinen Standpunkt außerhalb des Rechts wählen, um von hier zu betrachten und Kritik zu üben. Man mag diese Art der Untersuchung rechtspolitisch, soziologisch oder wie immer nennen; jedenfalls ist sie im Sinne Kelsens außerjuristisch. Der Maßstab, der an die Norm gelegt werden soll, ist kein formaler, sondern ein inhaltlicher[1]).

Will man feststellen, wie das Recht sein soll, so muß man sich bewußt sein, daß es nicht ein für alle Zeiten und Kulturen unwandelbares staatliches Recht gibt. Es besteht nicht ein allgemein gültiger absoluter Satz, an dem verglichen von jedem staatlichen Recht ausgesagt werden kann, ob es sich dem Ideal nähere oder sich davon entferne; wir kämen damit in das Gebiet der Ethik oder Religion. Anderseits muß man doch — darin beruht eben die

[1]) Vgl. über die Bedeutung des Begriffs „politische Betrachtung" Nawiasky, Vorwort zum BayrVerfR., S. VI.

Schwierigkeit — bei der Frage nach dem seinsollenden Sollen von irgend einem postulativen Leitsatz ausgehen, der zum Prüfstein für das Gegebene, ob gut oder tadelnswert, werden muß.

Über die Prägung dieses Postulats ist sich die Wissenschaft nicht einig. Zum Teil wird ein Zweckmoment für das Recht überhaupt verworfen. Vielfach wird als oberster Zweck des Rechts die Ordnung des Gemeinwesens angesehen. Stammler sieht das Postulat im „sozialen Ideal" — im kantischen Sinn verstanden, Calker in der „Idee der Vervollkommnung aller"; bei diesem spielt auch das Moment der Gerechtigkeit eine Rolle [2]). Für unsere Untersuchung können wir mit solchen und ähnlichen Formulierungen wenig anfangen. Was hat es beispielsweise mit der Idee der Vervollkommnung oder mit dem sozialen Ideal zu tun, ob im Eheprozeß die Staatsanwaltschaft beteiligt ist oder nicht? Völlig uferlos aber muß die Untersuchung werden, wenn man den Zweck gänzlich ausschaltet [3]).

Um zu einem einigermaßen befriedigenden Ergebnis zu gelangen, soll in der folgenden Darstellung nach allgemeinen Erfahrungen in knappen Umrissen ein Urteil darüber gegeben werden, ob die jeweilige Einrichtung zweckmäßig war und sich bewährt hat.

Der Staat als Gericht braucht in diesem Abschnitt keiner Würdigung unterzogen zu werden; die Tatsache ist nach modernen Begriffen selbstverständlich.

§ 24. Soll der Staat Partei sein?

Mag man den Staat als Partei so oder so konstruieren, es bleibt immer eine eigentümliche Erscheinung, daß der Staat sich seinem eigenen Gericht, seiner eigenen Behörde, unterwirft. Eine solche Eigentümlichkeit muß einen Sinn haben. Die Verteilung der Rollen unter verschiedenen Organen des Staates kann meines Erachtens im Interesse des Staates oder des Untertanen gelegen sein. Das Interesse des Staates ist im Grunde kein anderes als das der Untertanen*gesamtheit*. Trotzdem stellen wir das Staatsinteresse dem Untertaneninteresse gegenüber und verstehen dabei folgendes: Staatsinteresse ist das Interesse an einem wohlgeordneten, reibungslos funktionierenden Behördenmechanismus, der rasch und billig die jeweiligen Staatsaufgaben erfüllt und die Vorteile des Staates vermehrt. Untertaneninteresse ist das Interesse, daß für jedermann, der ein Recht für sich in Anspruch nimmt oder sich darin bedroht glaubt, ein mit rechtlichen Garantien ausgestatteter Weg zur Verwirklichung seines Rechts gewährleistet wird.

Um beurteilen zu können, in wessen Interesse die Schaffung der Parteirolle für den Staat gelegen ist, müssen wir uns einen Staat vor Augen führen, in dem diese Rollenverteilung überhaupt nicht oder jedenfalls nicht in ausgeprägter Form stattfindet; das führt zu dem bereits berührten Gegensatz von Polizeistaat und Rechtsstaat.

---

[2]) Handbuch der Politik, Bd. 1, Art. Rechtspolitik.

[3]) Den Spuren Jos. Mauczka's („Der Rechtsgrund des Schadenersatzes außerhalb bestehender Schuldverhältnisse", Leipzig, Wien 1904), der ein ganzes System von Zwecken und Interessen aufbaut — vgl. bes. das Kapitel VI: Kollisionsnormen S. 41—49, — folgen wir nicht, da dieser Weg für uns zu keinem Ziel führt. Man könnte anderseits aus den Einzelfällen heraus zu einer eigenen Zweckordnung gelangen. Ich hatte ursprünglich die Absicht eine solche herzustellen, bin aber nach fruchtlosen Bemühungen zu der Ansicht gekommen, daß eine Systematisierung nach dieser Richtung hin einerseits gezwungen und unnatürlich wäre, anderseits wenig praktisch verwertbare Bedeutung besäße; daher wird auch davon abgesehen.

Im Polizeistaat hat die Verwaltung grundsätzlich unumschränkte Befugnisse. Während heute das sogen. freie Ermessen Normvollziehung ist, da der Ermessensspielraum auf gesetzlicher Grundlage beruht, war das damalige Ermessen ein gesetzesfreier Raum, also Ungebundenheit. Die Entwicklung zum Rechtsstaat wird durch die Schaffung subjektiver öffentlicher Rechte gekennzeichnet. Damit ist die Grundlage gelegt für das einem Verfahren zugrundeliegende materielle Rechtsverhältnis mit Staat als einer und Untertan als anderer Partei.

Der Zweck der Schaffung von solchen Untertanenrechten und damit auch der Zweck der Parteirolle des Staates im allgemeinen ist die Sicherung der Lage des Untertanen gegenüber der — trotz rechtlicher Gleichordnung — praktisch stärkeren staatlichen Macht, die Garantie seines persönlichen Lebensbereichs vor Willkürakten des Staates.

Wohl können Untertanenrechte gegen den Staat auch dadurch gewahrt und eine Inanspruchnahme eines Untertanen durch die Verfügung eines Staatsorganes dadurch abgewehrt werden, daß der Betroffene gegen das verfügende Organ Einwendungen oder Widerspruch erheben kann, über die dann das gleiche — oder ein im Verwaltungswege höheres — Organ entscheidet. Auch das ist ein Verfahren der Rechtsverwirklichung.

Größere Rechtsgarantien bietet indessen der Rechtsschutz durch ein sogen. unabhängiges Organ. Auch heute ist noch bald jener bald dieser Weg eröffnet. Der zweite entspricht mehr der modernen Idee vom Rechtsstaat.

Die Parteistellung des Staates sichert aber nicht nur die Rechte des Untertanen. Sie verstärkt auch die praktische Stellung des Staates als Partei insoferne, als der Staat seine Interessen viel intensiver, rücksichtsloser verfolgen kann, als wenn das gleiche Staatsorgan den Erkenntnisspruch fällt und damit durch den Gesichtspunkt der Unparteilichkeit gebunden wäre. Anderseits schwächt sie natürlich auch in mancher Hinsicht die Aussicht auf Durchdrückung der staatlichen Ansprüche.

Die Bezeichnung „Vertreter des öffentlichen Interesses" für eine bestimmte Gruppe von Staatsorganen mit bestimmten Aufgaben, die wir im Anschluß an einen teilweise noch bestehenden Sprachgebrauch im ersten Teil der Abhandlung verwendet haben, erwies sich vom rein prozessualen Standpunkt aus als irrig. Es ist aber meiner Ansicht nach sehr bezeichnend, daß man noch heute sich vielfach scheut, den mächtigen Staat zur Gegenpartei des winzigen Untertanen zu erklären. Das ist ein Rückstand aus einem anderen, heute überlebten staatsrechtlichen Denken.

Dagegen ist es ein Fortschritt, daß in der Gegenwart die Zweckmäßigkeit der Trennung der Anklage- und der Entscheidungsfunktion im Strafprozeß und ihre Ausübung durch zwei verschiedene Organe nirgends mehr bestritten wird. Im anderen Falle würden mehrere sich widersprechende Aufgaben in einer Person gehäuft[4]). Der Richter läuft Gefahr, seine Objektivität einzubüßen oder mindestens abzuschwächen. Der Staat verliert als Ankläger seine Wucht und Überzeugungskraft, wenn er gleichzeitig unparteiisch urteilen soll. Die Häufung der Funktionen drückt die Stellung des Angeklagten herab, während die Trennung der erste Schritt zum sog. Prinzip der „Waffengleichheit" ist[5]). Schließlich ermöglicht die Einführung der

---

[4]) „Unnatürliche Machtfülle" nach Ullmann, a. a. O., S. 28.

[5]) In ersterem Fall sei die Lage des Angeklagten „unwürdig" und „gefährlich"; er sei „Objekt" der Verhandlung, nicht Subjekt; Birkmeyer, a. a. O, S. 140. „Die

Rolle des Staatsanwalts erst ein zweiseitiges Verfahren, wodurch der Prozeß in Wahrheit zum Rechtsstreit werde[6]).

Bezeichnend ist, daß daneben die Trennung der Funktionen im Bereiche des Verwaltungsrechts so wenig anerkannt, ja kaum gefordert wird.

Der Gedanke der Parteistellung des Staates überhaupt (vgl. die Beispiele oben § 5, § 6, §§ 7—10) hat sich in der Gegenwart so durchgesetzt, daß man die Frage: „Söll der Staat (d. h. nach unserer Konstruktion das Staatsorgan, eine Unterscheidung, die speziell in dieser Betrachtung eine untergeordnete Rolle spielt) in einem Verfahren vor seinen eigenen erkennenden Behörden Partei sein?" bejahen darf.

Das Wort Naglers[7]): „Man kann getrost sagen: die meisten Fortschritte des kommenden Rechts werden an die zielbewußte Weiterausgestaltung des Strafprozesses als Parteiprozeß anknüpfen", gilt nicht minder von den Verfahrenszweigen des Staats- und Verwaltungsrechts. Der vom Standpunkt der Parteistellung des Staates aus vorgenommenen Kritik des Bestehenden sollen daher ein paar Gedanken in Form von Grundsätzen für die künftige Prozeßgesetzgebung angereiht werden. Doch soll dabei nicht in Erörterungen über Abänderungen im Detail getreten werden. Denn an Reformvorschlägen im einzelnen fehlt es nicht; insbesondere im Gebiete des Strafprozeßrechts sind zahlreiche und wertvolle Vorschläge, sowohl von Gelehrten wie von Praktikern gemacht worden, so daß man dem kaum etwas hinzuzufügen vermöchte[8]). Anderseits traue ich mir auch nicht eine so genaue Kenntnis der praktischen Handhabung und der in der Praxis sich ergebenden Mängel der Verfahrensvorschriften auf all den vielen Gebieten des Verfahrensrechts zu, daß ich mit präzis formulierten Entwürfen heute schon hervortreten könnte. Sowohl zweckmäßig wie möglich erscheint mir dagegen eine Darlegung der Grundgedanken, deren Ausarbeitung einem späteren Zeitpunkt vorbehalten werden muß.

§ 25. Grundgedanken für die Prozeßgesetzgebung.

1. Grundsatz: Erforderlich ist eine Ausscheidung aller Tätigkeiten, die nichts mit Rechtsschutz zu tun haben, aus dem Aufgabenkreis der erkennenden Behörde, und eine Sammlung aller Rechtsschutzhandlungen bei der erkennenden Behörde.

Der Satz, daß die beiden Aufgaben des Staates reinlich voneinander getrennt und von verschiedenen, gegenseitig unabhängigen Organen wahrgenommen werden sollen, ist für den Zivilprozeß ohne weiteres klar. „Fiskus"vertreter und Richter ist niemals der gleiche Staatsbeamte.

Für den Strafprozeß ist der Satz schon viel weniger selbstverständlich. Vgl. die ausgezeichneten Ausführungen von Hegler a. a. O. insbes. S. 211, S. 231, S. 247 usw. Trotz der — oben betonten — Anerkennung der Zweck-

---

Anerkennung der Eigenschaft des Beschuldigten als Rechtssubjekt ist von vornherein ausgeschlossen". Ullmann, a. a. O., S. 27.

[6]) Vgl. Birkmeyer, a. a. O., S. 143. Ullmann, a. a. O., S. 33. A. A. Heinze, a. a. O, S. 278.

[7]) Rechtsgang, a. a. O., S. 121.

[8]) Vgl. statt vieler Hegler, S. 201 ff.; Binding, Gerichtssaal, S. 1 ff; Hugo Meyer, a. a. O.; Süß, a. a. O.; Kohler, Struktur des Strafprozesses.

mäßigkeit der Trennung, ist auch heute noch, wie aus Hegler erhellt, das Gericht mit einer Reihe von Tätigkeiten beschwert, die ihrem Charakter nach von einer Partei vorgenommen werden sollten, durch die also das Gericht fast zu einer Gehilfin der Staatanwaltschaft herabsinkt, während anderseits der Staatsanwalt Handlungen vornimmt, die als Rechtsschutzaufgabe der erkennenden Behörde zustehen. Das letztere gilt z. B. vom Strafvollzug. „Die Übertragung der Vollzugsgewalt, insbesondere der Strafvollstreckung von dem Gericht.... auf den Staatsanwalt, bedeutet" nach den scharfen Worten Bindings[9]) „gegenüber dem Gericht eine Mißachtung, gegenüber dem Angeklagten eine Brutalität"; er vergleicht sie damit, daß im 15. Jahrhundert der Kläger selbst vollstrecken durfte[10]). In der Tat sollte die Vollstreckung, wenn sie nicht schon vom Gericht selbst vorgenommen wird, ähnlich dem Zivilprozeß, einer Behörde obliegen, an die sich der Staatsanwalt mit dem (gerichtlich) vollstreckbar zu erklärenden Urteil wenden kann.

Noch viel größere Arbeit als im Strafprozeßrecht gilt es aber für den Gesetzgeber im Verwaltungsverfahrensrecht zu leisten. Zuweilen ist hier immer noch das Anspruch erhebende Organ (bzw. abwehrende Organ) identisch mit dem rechtsprechenden. Ich stehe nicht an, einer reinlichen Trennung der Verwaltungsorgane von den Verwaltungsrechtsprechungsorganen auch in der Organisation und dem Aufbau der Behörden das Wort zu reden. Die Anfänge hiezu sind in den meisten Ländern nur in der höchsten oder in den obersten Instanzen durchgeführt; die Trennung muß aber im Laufe der Zeit auch auf die Außenbehörden übergreifen. Die Konkretisierung einer Rechtspflicht der Gemeinde, z. B. Bau eines bestimmten Schulhauses, soll zwar durch die Verwaltungsbehörde erfolgen. Wird aber die Pflicht, dem Grunde oder dem Ausmaß nach, bestritten, so soll eine von der Verwaltungsbehörde unabhängige verwaltungsrichterliche Unterinstanz entscheiden; gegebenenfalls Berufung zum Verwaltungsmittelgericht bzw. Verwaltungsgerichtshof. Auch die Stoffsammlung sollte der Verwaltungsbehörde übertragen werden; der Richter tritt zweifellos dem Rechtsfall unbeeinflußter gegenüber, wenn der Stoff von anderer Seite gesammelt ist.

Daß unter einer solchen Trennung der Anspruch des Staates durch Nichtgeltendmachung durch die Verwaltungsbehörde nicht leidet, dafür bürgt die Stellung der Verwaltungsbehörde, die eine disziplinär durchsetzbare Pflicht hat, die Rechte des Staates wahrzunehmen. Diese Überlegung ist auch der Einwand gegen die — zunächst auf den Strafprozeß gemünzten, aber auch für das oben vorgeschlagene Verhältnis im Verwaltungsverfahren verwertbaren — Worte von Hugo Meyer (a. a. O. S. 12ff.): „Wie aber, wenn die Staatsanwaltschaft es unterläßt, Anklage zu erheben, oder die Anklage mangelhaft durchführt? Augenscheinlich können der Rechtsordnung unwiderbringliche Nachteile zugefügt werden." Über das hier in Betracht kommende Anweisungsrecht des Justizministers siehe unten! Man könnte Meyer mit einer Gegenfrage erwidern: „Wie aber, wenn die erkennende Behörde es versäumt, auf die Klage eines Anspruchverfolgungsorgan zu reagieren, wenn sie kein Verfahren durchführt und kein Urteil fällt? Oder wenn sie ein fehlerhaftes, irriges Urteil fällt?" Die Rechtsordnung wäre nach Meyer kaum besser geschützt als jetzt; im Gegenteil:

[9]) Gerichtssaal, S. 44.

[10]) Ganz anderer Ansicht Kohler, Struktur, S. 311, der ja, wie erwähnt, in der Staatsanwaltschaft nur eine Hilfsbehörde des Gerichts sieht.

die Befugnis des Staates, gegen eine Verwaltungsbehörde vorzugehen, ist stärker und umfassender, als gegenüber einem Gericht[11]).

Der Forderung Meyers (S. 12), daß grundsätzlich „der Staatsanwalt" ein Mitglied des Gerichts sein müßte, kann ich daher nicht zustimmen; ebensowenig seinen Ausführungen (S. 13) über das Eintreten für die Gegenpartei, wobei ich nicht wie Meyer, nur an den Strafprozeß denke. Auch bei Trennung der beiden Funktionen ist es durchaus möglich, daß dasjenige Organ, das „Anwalt" des Staates ist, materiell für den Gegner eintritt, wenn das staatliche Interesse dies erheischt. Gibt es doch auch im Zivilprozeß Fälle, in denen eine Partei in ihrem materiellen Interesse den Gegner unterstützt (Verzicht, Anerkenntnis).

Aus dem ersten rechtspolitischen Grundsatz ergeben sich für mich noch folgende zwei Überlegungen, wieder in Anlehnung an das positive Strafprozeßrecht, aber für das Verwaltungs(prozeß)recht verwertbar.

a) Das sogen. Klageprüfungsverfahren ist überflüssig und widerspricht der Stellung des Gerichts[12]). Dagegen widerspricht es nicht dem Parteicharakter einer Verwaltungsbehörde, wenn eine vorgesetzte Behörde Anweisungen erteilt; das ergibt sich aus der staatsrechtlichen, nicht prozeßrechtlichen Stellung der Unterbehörde.

b) Wenn die Unterbehörde nicht von der vorgesetzten Behörde Anweisungen erhält (oder Anweisungen erhält, nicht vorzugehen), dann besteht eben nach Ansicht der zur Beurteilung hierüber berufenen Personen überhaupt kein staatliches Interesse. Wenn jemand anderer Meinung ist, dann wäre diese Meinung unbeachtlich, weil er zur Entscheidung, was zum staatlichen Interesse gehört, nicht berufen ist. Da aber trotzdem ein starkes privates Interesse bestehen kann, müßte in weitem Umfang ein subsidiäres Privatklagerecht zugebilligt werden, z. B. in gewerberechtlichen oder wasserrechtlichen Streitigkeiten einem rechtlich „Beteiligten". Im Gegensatz hiezu Meyer[13]).

2. Grundsatz: Das als formelle Partei auftretende Staatsorgan ist aller prozessualen Vorrechte zu entkleiden, die nicht auch eine andere Partei hat.

Auch im Verwaltungsprozeß soll das Staatsorgan wirklich als Partei wie jeder Private auftreten, wenn der Staat wirklich materielle Partei ist. Ich halte den oben § 123 dargestellten Rechtszustand des bayerischen Rechts, demzufolge die „Staatsgewalt" nicht in Parteirolle auftreten kann, für eine historisch erklärbare, aber nicht gerechtfertigte Erscheinung.

Im ersten Teil wurden eine Fülle von prozessualen Vorrechten des Staates als Partei ausgebreitet. Die künftige Gesetzgebung wird diese immer mehr zu beschränken haben. Im Strafprozeßrecht z. B. sollte der Staatsanwalt bzw. die Verwaltungsbehörde grundsätzlich keine anderen Rechte im Prozeß haben, als der Privatkläger. Der Gedanke der

---

[11]) Wenn ein Verwaltungsorgan sich weigert, seine Pflicht zu tun, wird es gezwungen oder gestraft und ersetzt. Die Unabhängigkeit der Gerichte hindert nach manchen Richtungen ein gleich scharfes Vorgehen.

[12]) Vgl. Süß, a. a. O., S. 86 ff, 100 ff.

[13]) Er nennt die Ausdehnung der Privatklage „höchst ungesund"; daher wendet er sich gegen die österreichische StProzO. und tritt für das Klageprüfungsverfahren ein. A. a. O., S. 14.

„Waffengleichheit“ müßte hier wie in anderen Verfahrensarten schärfer durchgeführt werden[14]).

3. Grundsatz: Der Staat in der Rolle einer Nebenpartei ist entbehrlich.

Wer das „Interesse“ des Staates zu verfolgen hat, kann nicht schlechthin gesagt werden. Grundsätzlich verhält es sich folgendermaßen: Wenn der Staat selbst materielle Partei ist, dann das Organ, das die formelle Partei ist. Es ist (abgesehen von der Rechtsschutzaufgabe, für die das Gericht da ist) schon genug „Vertreter des öffentlichen Interesses“, d. h. in diesem Fall des subjektiven staatlichen Rechtes oder der staatlichen Pflicht. Ist der Staat aber nicht Partei, kommt für ihn also nichts anderes als das Rechtsschutzinteresse in Frage, so ist ohnehin das Gericht für diese Aufgabe bestellt.

Eine staatliche Nebenpartei finden wir zunächst im Eheprozeß. Nur bei wenigen Autoren habe ich den Wert der Staatsanwaltschaft im Zivilprozeß betont gefunden. Nach Weismann[15]) beruht der Wert seiner Mitwirkung vor allem darauf, daß er seiner ganzen Stellung nach besser als das Gericht zur Erforschung der der Ehe günstigen Umstände — defensor matrimonii — imstande ist! Interessant ist die Entstehungsgeschichte der §§ 606 ff. ZPO.[16]). Während die Regierungsvorlage die Mitwirkung obligatorisch machen wollte (§ 545 der Vorlage), strich die Kommission in erster Lesung die Mitwirkung überhaupt, in zweiter Lesung und in der Vollsitzung wurde sie fakultativ. (§ 569: „.... ist befugt.“) In der Tat ist, wenn man schon eine Mitwirkung für zweckdienlich hält, dies der richtige Weg. Am besten fiele die Einrichtung überhaupt weg.

Ebenso ist das Forstamt als Nebenpartei entbehrlich.

Eine Sonderstellung nimmt der Staatsanwalt im bayr. Verwaltungsprozeß ein[17]). Die überwiegende Meinung geht dahin, daß er überall da überflüssig ist, wo nicht der Staat materielle Partei ist. Meiner Ansicht nach sollte er für jene Fälle weiterbestehen, in denen der Staat materielle Partei ist, und er sollte hier als formelle Partei auftreten.

Ein Auftreten von zwei Vertretern der oben J genannten Figur im gleichen konkreten Verfahren darf wohl als Überspannung einer vernünftigen Idee bezeichnet werden. Im einzelnen zu prüfen wäre, wessen Wegfall am zweckdienlichsten ist. Im Forstprozeß hat der Staatsanwalt neben dem Forstamt als Hauptpartei geringere Bedeutung, nicht umgekehrt! Das Forstamt, d. h. der betreffende Beamte, ist der einzig wirkliche Sachkundige, z. B. in bezug auf Berechnung des Strafmaßes usw. Eine Durchführung der Forstprozesse ohne Vertreter des Forstamts wäre höchst unzweckmäßig, da dann ein entsprechender Sachverständiger beigezogen werden müßte. Dagegen verursacht der Wegfall des Staatsanwalts und die Übertragung aller seiner Funktionen auf den Vertreter des Forstamts keinen Schaden.

---

[14]) v. Beling, Enzykl. V, 154: „Freilich ist die volle Gleichheit nur ein Ideal, dessen mechanische Verwirklichung durchaus unmöglich ist“. Dies ist auch meine Anschauung.

[15]) Weismann, Lehrbuch, S. 527. Zu vgl. Bunsen, a. a. O., S. 496; Seuffert II, 197; Petersen-Anger II, 172. S. verweist auf das hereinspielende öffentliche Interesse.

[16]) Materialien II, 2, S. 1468.

[17]) Vgl. die kritische Stellungnahme bei Rottmann, in der Bayr. Gem. und Verw.-Zeitung. A. a. O.

Die drei aufgestellten Grundsätze für die künftige Prozeßgesetzgebung, die in den Grundlinien das enthalten, was ich im Rahmen des Themas rechtspolitisch für erforderlich halte, werden sicher Schwierigkeiten in der Praxis, wohl auch Bedenken von Männern der Wissenschaft, begegnen. Sie sollen ja auch nicht schematisch, überstürzt, aus Begeisterung für den Parteibegriff oder eine Zivilprozessualierung der anderen Verfahrenszweige angewandt werden, sondern nach Zweckmäßigkeitsgründen im Einzelfall, schrittweise, mit Maß. Aufgabe der Prozeßpolitik ist es aber, dem Gesetzgeber jenen Weg zu weisen, auf dem entsprechend der Staatsauffassung der Gegenwart eine Verstärkung der Rechtsstellung des Untertanen gegenüber dem Staat, eine stärkere Garantie seiner Rechte, und eine Verfeinerung und Vervollkommnung in der Durchführung der Rechtsschutzaufgabe des Staates zu erwarten steht.

Literatur-Verzeichnis.

Anmerkung: Nicht aufgeführt, aber im Text zitiert, sind die verwendeten Gesetzesstellen. Dagegen sind Kommentare im Literaturverzeichnis aufgeführt.

Bei Zitierung der Strafprozeßordnung sind die bisherigen Paragraphennummern und daneben in [ ] Klammern die Nummern der Fassung ab 1. April 1924 angegeben.

v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts, 1901.
Annalen des Deutschen Reichs (Hirth-Seydel-Eheberg-Dyroff).
Anschütz, Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, 1891.
Archiv für öffentliches Recht.
— für die zivilistische Praxis.
— für Strafrecht (Goltdammers Archiv).
Beling, Strafprozeßrecht, Holtzendorf-Kohlers Enzyklopädie, V, 1914.
— Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 36, S. 262.
— Grundzüge des Strafrechts, 1912.
— Revolution und Recht, 1922.
— Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 1923.
Bennecke-Beling, Lehrbuch des Reichs-Strafprozeßrechts, 1900.
Bennecke, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts, 1895.
Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 1886.
— Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden (Archiv f. öff. R. Bd. V) 1889.
Bierling, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 16, S. 299.
— Juristische Prinzipienlehre, Bd. I, 1894.
Binder, Rechtsnorm und Rechtspflicht, 1912.
— Das Problem der juristischen Persönlichkeit, 1907.
Binding, Die Normen und ihre Übertretung, 1916.
— Der Entwurf einer neuen Strafprozeßordnung, 1909. (Gerichtssaal Bd. 72.)
Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht, 1898.
Bornhak, Das Verwaltungsrecht in Preußen unter der Herrschaft des Bürgerl. Gesetzbuchs, Verw.-Archiv Bd. 8 (1900).
Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, 1914.
Bunsen, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1900.
Calker, Rechtspolitik, Handbuch der Politik, Bd. 1, 1914.
Dyroff, Kommentar zum Bayrischen Verwaltungsgerichtshofgesetz, 1917.
Entscheidungen des Bayr. Verwaltungsgerichtshofs (VGH.).
— des Preuß. Oberverwaltungsgerichts.
— des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ.).
Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 1913.
Fräb, Beitrag zur Lehre von dem Parteibegriff und der Parteivertretung im modernen Strafverfahren, 1905.

Friedrichs, Kommentar zum Landesverwaltungsgesetz, 1910.
— Die Besonderheiten des preußischen Verwaltungsstreitverfahrens, Verw.-Arch. Bd. 6, S. 358.
Ganghofer-Weber, Kommentar zum bayr. Forstgesetz, 1904.
Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1913.
Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, Schmollers Jahrbuch, Bd. 7, 1883.
Glaser, Handbuch des Strafprozeßrechts, Bindings Handbuch, 1883.
Hatschek, Die rechtliche Stellung des Fiskus, Verw.-Arch. 7, 1899.
— Art. „Fiskus", Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Bd. 1, 1911.
— Institutionen des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 1919.
Hegler, Zur Stellung der Gerichte im Strafverfahren, 1911, Festschrift für Binding, Bd. 2.
Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, 1907.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht, 1900.
— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1903.
Heinze, Goltdammers Archiv, Bd. 24, 1876. (Dispositionsprinzip usw.)
Hensel, Steuerrecht, 1924. (Kohlrausch-Kaskel Enzyklopädie.)
Jäger, Konkursrecht, 1924, ebendort.
Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1905.
— Allgemeine Staatslehre, 1919 (Recht des modernen Staates, Bd. 1, 1905).
Kaufmann, Art. „Verwaltung, Verwaltungsrecht", Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Bd. 3, 1911.
Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911.
— Über die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, 1911.
— Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, Arch. f. öff. R. Bd. 31 (53, 190).
— Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, 1922.
Kisch, Deutsches Zivilprozeßrecht, Bd. 1, 1911.
Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1910.
Kohler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1917.
— Recht im Prozeß, Grünhuts Zeitschrift, Bd. 14 S. 1, 1886.
— Der Prozeß als Rechtsverhältnis, 1888.
— Zur Struktur des Strafprozesses, Goltdammers Archiv, Bd. 65.
Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 1892.
Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 1911/1913/1914.
Leuthold, Öffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrecht, Annalen d. D. R. 1884, S. 321 ff.
Lilienthal, Strafprozeßrecht, 1923, Kohlrausch-Kaskel Enzyklopädie.
Loening, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1884.
Loewe, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 1914.
Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, II, 2, 1881.
Mauczka, Der Rechtsgrund des Schadenersatzes außerhalb bestehender Schuldverhältnisse, 1904.
Mayer, M. E., Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903. (Strafrechtl. Abhandlungen Bennecke-Beling, Heft 50.)
— — Rechtsphilosophie, 1922, Kohlrausch-Kaskel Enzyklopädie.
— Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, Bindings Handbuch VI, 1 u. 2 (benützt sowohl 1896 wie 1914).
Meyer-Dochow, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1910.
Meyer, Hugo, Die Parteien im Strafprozeß, 1889.
Merkl, Lehre von der Rechtskraft, 1923.
Mitteis, Römisches Privatrecht, 1908.
Mittermaier, Die Parteistellung der Staatsanwaltschaft, 1897.
Nagler, Der Parteibegriff im Zivil- und Strafverfahren, Rechtsgang, Bd. 1, S. 56.
— Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, 1911 (Festschrift für Binding, Bd. 2).
Nawiasky, Deutsches und Österreichisches Postrecht, 1909.
— Forderungs- und Gewaltverhältnis (Zitelmannfestschrift), 1913.
— Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, 1920.
— Bayrisches Verfassungsrecht, 1923.
Neumann, Annalen d. D. R. 1886 S. 357.
Ortloff, Staat und Gesellschaft in der Strafrechtspflege, Gerichtssaal Bd. 47 S. 282.

Ötker, Der Parteibegriff, Jur. Liter. Bl. II.
Petersen-Anger, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1901.
Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1887/1896.
Popitz, Umsatzsteuergesetz, 1921.
— Der Parteibegriff im preußischen Verwaltungsstreitverfahren, 1907.
Preuß, über Organpersönlichkeit, Schmollers Jahrbuch Bd. 26 S. 557, 1902.
Preußisches Verwaltungsblatt.
Reger, Kommentar zum bayr. Heimatgesetz, 1911.
Rehm, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht, Annalen 1885.
Rönne, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, 1899—1916.
Rosenfeld, Der Reichsstrafprozeß, 1901.
Rothenbücher, Die Stellung des Ministeriums nach bayr. Verfassungsrecht, 1922.
Rottmann, Bayr. Gemeinde- und Verwaltungszeitung 1923, Heft 32.
Schiedermaier, Polizeistrafgesetzbuch für Bayern, 1922.
Schmidt, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1906.
Schmollers Jahrbücher.
Schultze, Privatrecht und Prozeß, 1883.
Schultzenstein, Partei, Parteifähigkeit und Parteibegriff im Verwaltungsstreitverfahren, Verw.-Arch. XII, 1903.
Seufferts Archiv der Entscheidungen der obersten Gerichte.
Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht, 1899.
— Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 1911.
Seydel-Piloty, Bayrisches Staatsrecht, 1903.
Somló, Juristische Grundlehre, 1917/1922.
Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, 1911.
— Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 1922.
Stengel, Kommentar zur Strafprozeßordnung, 1898.
Stier-Somlo, Reichsversicherungsordnung, 1922.
Sohm, Institutionen des römischen Privatrechts, 1920.
Süß, Stellung der Partei im modernen Strafprozeß, 1898.
Tezner, Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege, 1901; außerdem in Verw.-Arch. VIII S. 220, 475; IX S. 159, 515.
Tuhr, Allgemeiner Teil des BGB., 1924, Kohlrausch-Kaskel Enzyklopädie.
Ullmann, Lehrbuch des Strafprozeßrechts, 1893.
Verwaltungs-Archiv.
Wach, Zivilprozeßrecht, Bindings Handbuch, 1885.
— Struktur des Strafprozesses, 1914.
Weber, Gesetz und Verordnungen Sammlung.
Weismann, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 1903.
Weyl, Der Fiskus im gegenwärtigen deutschen Privatrecht, Festgabe für Hänel, 1907.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs 1895—97.
— Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit. Verw.-Arch. II S. 74, 1894.

Ergänzung:

Bülow, Absolute Rechtskraft des Urteils, Archiv f. d. zivilist. Pr. Bd. 83.
— Gesetz und Richteramt, 1885.
v. Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1912.

Lebenslauf.

Ich bin geboren am 1. September 1901 in Dachau, Kreis Oberbayern, als Sohn des damaligen Volksschullehrers Theodor Maunz und seiner Ehegattin Katharina, geb. Pernpointner. Von 1907—1911 besuchte ich die Gabelsberger-Volkshauptschule in München, hierauf das Wittelsbachergymnasium in München, das ich am 15. Juli 1920 mit dem Reifezeugnis verließ. Im Winterhalbjahr 1920/21 bezog ich als Studierender der Rechtswissenschaft und der Staatswirtschaft die Universität München. Nach vorgeschriebenem achtsemestrigem Rechtsstudium legte ich die Universitätsschlußprüfung erfolgreich ab. Zum Zwecke der Ergänzung meines Studiums war ich im Winterhalbjahr 1924/25 als Studierender der Wirtschaftswissenschaften an der Technischen Hochschule in München immatrikuliert. Derzeit bin ich als Referendar im Bereich der Inneren Verwaltung (Bezirksamt München-Land) beschäftigt.

In der Juristischen Fakultät war ich Schüler von v. Amira, Beyerle, v. Beling, Dyroff, v. Frank, Kisch, Nawiaski, Rabel, Rothenbücher, Wenger und Zitelmann. In der Staatswirtschaft hörte ich insbes. bei Brentano, Lotz, Strieder, Adolf Weber, Zwiedineck-Südenhorst; in der Philosophie bei Bäumker und Becher; in der Geschichte bei Grauert, Döberl und Oncken. Im Seminar des Herrn Prof. Nawiaski erhielt ich die erste Anregung für den Gegenstand meiner Dissertation. Der Leiter des Seminars gab mir auch wertvolle Ratschläge bei Abfassung der Arbeit; außerdem verdanke ich entgegenkommende Unterstützung den Herren Professoren Beyerle, v. Beling und Dyroff. Ihnen allen sei auch hier ergebener Dank ausgesprochen.

Theodor Maunz